

مُخْتَلَفُ الرَّوَايَةِ

لأبي الليث السمرقندي
برواية وترتيب العلامة العالم السمرقندي

دراسة وتحقيقه
د. محمد الرحمن بركة مبارك البقرج

الجزء الثالث

مكتبة الرشيد
سائيرت

(ح) عبد الرحمن مبارك الفرج، ١٤٢٢هـ

مهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الساكن، عمر بن محمد

مختلف الرواية لأي الليث السمرقندي. / تحقيق عبد الرحمن مبارك

الفرج. - الرياض.

٥٦٨ ص؛ ٢٤×١٧ سم

ردمك: ٤-١٤٩-٤١-٩٩٦٠ (مجموعة)

٨-١٥٠-٤١-٩٩٦٠ (ج ٣)

١ - الفقه الحنفي ٢ - الفقه المقارن

أ - الفرج، عبد الرحمن مبارك (محقق) ب - العنوان

٢٢/٥٢٩٥

ديوي ٢٥٨، ١

ردمك: ٤-١٤٩-٤١-٩٩٦٠ (مجموعة) رقم الإيداع: ٢٢/٥٢٩٥

٨-١٥٠-٤١-٩٩٦٠ (ج ٣)

جميع الحقوق محفوظة - الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م

مكتبة الرشيد - ناشرون

الملكة العربية السعودية - الرياض

شارع الأمير عبد الله بن عبد الرحمن (طريق الحجاز)

ص.ب: ١٧٥٢٢ الرياض ١١٤٩٤ - هاتف: ٤٥٩٣٤٥١ - فاكس: ٤٥٧٣٣٨١

E-mail: alrushd@alrushdryh.com

Website: www.rushd.com



★ فرع طريق الملك فهد: الرياض - ت: ٢٠٥١٥٠٠ - ف: ٢٠٥٢٢٠١

★ فرع مكة المكرمة: ت: ٥٥٨٥٤٠١ - ف: ٥٥٨٢٥٠٦

★ فرع المدينة المنورة: شارع أبي ذر الغفاري - ت: ٨٢٤٠٦٠٠ - ف: ٨٢٨٢٢٧٧

★ فرع جدة: ميدان الطائفة - ت: ٦٧٧١٢٢١ - ف: ٦٧٧١٢٥٤

★ فرع القصيم: بريدة - طريق المدينة - ت: ٢٢٤٢٢١٤ - ف: ٢٢٤١٢٥٨

★ فرع أبها: شارع الملك فيصل - تلفاكس: ٢٣١٧٢٠٧

★ فرع الدمام: شارع الخزان - ت: ٨١٥٠٥٦٦ - ف: ٨٤١٨٤٧٢

وكلاؤنا في الخارج

★ القاهرة: مكتبة الرشيد - ت: ٢٧٤٤٦٠٥

★ بيروت: دار ابن حزم - ت: ٧٠٩٩٧٤

★ المغرب: الدار البيضاء - وراققة التوفيق - ت: ٢٠٢١٦٢ - ف: ٢٠٢١٦٧

★ اليمن: صنعاء - دار الآثار - ت: ٦٠٣٧٥٦

★ الأردن: عمان - الدار الأثرية - ت: ٦٥٨٤٠٩٢ - جوال: ٢٩٦٨٤١٢٢١

★ البحرين: مكتبة الغرباء - ت: ٩٥٧٨٢٢ - ف: ٩٥٧٧٢٢

★ الإمارات: مكتبة دبي للتوزيع - ت: ٤٢٢٢٩٩٩٨ - ف: ٤٢٢٢٧٨٠٠

★ سوريا: دار البشائر - ت: ٢٣١٦٦٦٨

★ قطر: مكتبة ابن القيم - ت: ٤٨٦٢٥٢٢

باب ما تفرد به كل واحد من أصحابنا الثلاثة بقول على حدة

١٠٥٦- قال (أبوحنيفة): جارية بين رجلين أقر أحدهما أنها أم ولد لشريكه وأنكره^(١) الآخر، فحكم الخدمة مامر في باب محمد^(٢) فإن جنت فنصف الأرض على المنكر، ونصف^(٣) موقوف؛ لأن الكل لو كان موقوفًا، كانت^(٤) الجناية موقوفة^(٥).

وقال أبو يوسف: النصف على المنكر، والنصف عليها؛ لأن عنده الكل إذا كان موقوفًا كانت الجناية عليها موقوفة^(٦).

وقال محمد: الأرض كله عليها؛ لأن عنده: تسعى للمنكر، ولا تخدم لواحد^(٧) منهما، فصارت كالمكاتب. فلو جنى عليها:

عند أبي حنيفة: النصف للمنكر، والنصف موقوف.

وعند أبي يوسف: النصف للمنكر، والنصف لها.

وعند محمد: الكل لها - على مامر^(٨).

١٠٥٧- قال (أبوحنيفة): عبد بين شريكين، قال أحدهما: إن دخل فلان هذه الدار غداً، فأنت حر. وقال الآخر إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فأنت حر،

(١) في ط (وانكر) بدل (وانكره) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(٢) انظر المسألة (١٠٤٨).

(٣) في ش، ح، ز، ك، ق، ط (والنصف) بدل (ونصف) وكلاهما جائز.

(٤) في ط (لكانت) بدل (كانت) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٥) في ش، ز، ك، ق، ط زيادة (عنده) وهي توضح صاحب الرأي هنا.

(٦) (موقوفة) سقطت من ش، ز، ق. والمعنى لا يكتمل بدونها.

(٧) في ش، ز، ك، ق، ط (واحدًا) بدل (لواحد) والأولى أبلغ.

(٨) في ك، ق (للمامر) بدل (على ما مر) والمعنى واحد. وقد مر هذا في المسألة: ١٠٤٨.

وانظر البدائع ج ٥ ص ٢٤٤٧.

فمضى الغد، واتفقا أنهما لا يدريان أنه دخل، أو لم يدخل، يسعى^(١) العبد في نصف قيمته لهما، كيفما كان، موسرين كانا أو معسرين^(٢).

وقال أبو يوسف: إن كانا موسرين لا يسعى لهما في شيء، وإن كانا معسرين، سعى في نصف قيمته لهما: وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، سعى في ربع قيمته للموسر.

وقال محمد: سعى في كل قيمته لهما إن كانا معسرين، وإن كانا موسرين، لا يسعى لهما، وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، يسعى للموسر منهما^(٣) في نصف قيمته^(٤). أما الكلام في السعاية عند يسار المعتق، ما مر^(٥) في باب أبي حنيفة^(٦) والخلاف ههنا في سقوط نصف السعاية مع محمد.

له: أن المقضي عليه بسقوط نصف السعاية مجهول، فلا يمكن القضاء به، وصار كما إذا قال كل واحد منهما لعبد يملكه على حدة^(٧)، لا يعتق واحد منهما؛ لأن المقضي عليه بالعتق مجهول.

لهما: أنا ثيقنا بعتق نصفه مجاناً، من جهة [أحدهما]^(٨)، فتعذر إيجاب سعاية^(٩) في ذلك في النصف. وقوله: المقضي عليه مجهول، قلنا: المقضي له معلوم، وجهالة المقضي عليه ترتفع بالتوزيع. بخلاف ما ذكر من المثال؛ لأن ثمة المقضي له، والمقضي عليه مجهول.

(١) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (سمى) بدل (يسعى) والمعنى واحد.

(٢) قوله (موسرين كانا أم معسرين) سقط من ش، ز، ح، ق، ط و سقوطها لا يؤثر في تغيير المعنى؛ لأن قوله: (كيفما كان) يعني عن هذه الجملة.

(٣) (منهما) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لزيادة إيضاح المعنى.

(٤) انظر المبسوط: ج ٧ ص ١١٨، والجامع الكبير ص ٦٥، وقوله (في نصف قيمته) سقط من ك. والإثبات أفضل لاكتمال الحكم.

(٥) في ط (فقد مر) بدل (مامر) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(٦) انظر المسألة: (١٠٢١).

(٧) في ش، ك، ق، ط (على حدة يملكه) بدل (يملكه على حدة) والمعنى واحد.

(٨) في الأصل (أحد) ولا يستقيم المعنى بها.

(٩) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ (السعاية) بدل (سعاية) وتؤديان إلى المعنى المراد.

١٠٥٨- قال (أبوحنيفة): رجل دبر عبده، ثم كاتبه، ثم مات ولم يترك مالا آخر، فالمبد بالخيار، إن شاء سعى في ثلثي قيمته، وإن شاء سعى في كل بدل الكتابة^(١).

وقال أبو يوسف: لا يتخير، لكن يسعى في الأقل من ثلثي قيمته [وكل]^(٢) بدل الكتابة.

[وقال محمد: لا يتخير، لكنه يسعى في الأقل من ثلثي قيمته. وثلثي بدل الكتابة]^(٣)، والخلاف^(٤) في موضعين، أحدهما: في التخيير، عند أبي حنيفة: يتخير، وعندهما: لا. والثاني: في سقوط ثلث بدل الكتابة؛ عند محمد: يسقط^(٥)، وعندهما: [لا يسقط]^(٦). أما التخيير، بناء على تجزئ الإعتاق، فعنده يتجزأ، فإذا مات المولى، عتق^(٧) ثلثه بجهة التدبير، وتوجه نحوه في الباقي جهتا العتق^(٨)، لجهة^(٩) التدبير، والكتابة، وأحكامها مختلف، فيتخير بينهما. وعندهما: لا يتجزأ، فيعتق كله، ولا فائدة في التخيير؛ لأنه يختار الأقل، وأما سقوط بدل^(١٠) الكتابة^(١١):

له: أن بالموت عتق ثلثه مجاًناً، بالتدبير، فيسقط بحصته من بدل الكتابة فيبقي الثلثان، وصار كما إذا كاتبه، ثم دبره، وباقى المسألة بحالها.

-
- (١) في ط (إن شاء سعى في كل بدل الكتابة، وإن شاء سعى في ثلثي قيمته) بدل (إن شاء سعى في ثلثي قيمته، وإن شاء سعى في كل بدل الكتابة) والمعنى واحد.
 - (٢) في الأصل (ثلث) وفي ح (وثلث) وفي ق (وثلثي) بدل (وكل) والصواب الأخيرة، لموافقتها رأى أبي يوسف.
 - (٣) سقط من الأصل، ق، وهو وهم من الناسخ حيث اشتبهت عليه (الكتابة) الأولى بالثانية.
 - (٤) في ش، ق، ط (فالخلاف) بدل (والخلاف) والمعنى واحد.
 - (٥) في ح، ز، ك، ق، ط، أ (في سقوط ثلث الكتابة، عند محمد: يسقط) بدل (في سقوط ثلث بدل الكتابة عند محمد) والتعبيران يؤديان إلى المعنى المراد.
 - (٦) في الأصل (يتخير) والمعنى لا يستقيم بها.
 - (٧) في ط زيادة (عليه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
 - (٨) في ش، ك، ط (عتق) بدل (العتق) والثانية أنسب للمعنى.
 - (٩) في ش، ز، ك، ط، أ (بجهة) بدل (لجهة) وتؤديان إلى المعنى المراد.
 - (١٠) في ق، ك، ط زيادة (ثلث بدل) وهذه الزيادة تؤدي إلى استقامة المعنى.
 - (١١) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٣٥٣، ٢٤٣١، ٢٤٣٢، وتبين الحقائق ج ٣ ص ٧٧.

لهما: أنه إذا دبره أولاً، يستحق^(١) عتق الثلث مجاناً، فإذا كاتبه بعد ذلك، كان كل بدل الكتابة مقابلاً بالثلثين، دون الثلث الذي استحق العتق مرة، فإذا مات؛ بقي كل بدل الكتابة^(٢)، بخلاف ما إذا كاتبه، ثم دبره؛ لأن بدل الكتابة حصل^(٣) مقابلاً بكل الرقبة.

١٠٥٩- قال (أبوحنيفة): المرتد إذا كاتب عبده، ثم قتل على رده؛ بطلت الكتابة، كسائر تصرفاته.

وقال أبو يوسف: ينفذ كما ينفذ تصرف^(٤) الصحيح.

وقال محمد: ينفذ كما ينفذ تصرف^(٥) المريض. والحجج تذكر في كتاب السير^(٦).

(١) في ش، ح، ز، ق، ط، أ (استحق) بدل (يستحق) والمعنى واحد.

(٢) في ش، ح، ز، ك، ق، ط زيادة (عليه) وهي توضيح المعنى.

(٣) في ك، ط (جعل) بدل (حصل) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٤) في ز، ق (تصرفات) بدل (تصرف) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٥) انظر الفقرة السابقة.

(٦) المسألة: ١٢٥٠.

تصرفات المرتد عند الحنفية أربعة، منها ما هو نافذ باتفاق الثلاثة الأصحاب، وهو الاستيلاء، ومنها ما هو باطل بالاتفاق في الحال مثل: النكاح والذبيحة، ومنها ما هو موقوف بالاتفاق وهو المفاوضة، ومنها ما هو مختلف فيه وهو سائر تصرفاته. فعند أبي حنيفة يتوقف بين أن ينفذ بالإسلام، أو يبطل إذا مات أو قتل على الردة، أو لحق بدار الحرب. وأما عند أبي يوسف ومحمد تصرفاته نافذة، إلا أن أبا يوسف يرى أنه تنفذ تصرفاته كما تنفذ من الصحيح، ومحمد يرى أنها تنفذ كما تنفذ من المريض، وحجتهما في ذلك أنه من أهل التصرف، لا في تصرفه ملكه، فينفذ، إلا أن أبا يوسف يقول أنه متمكن من دفع الهلاك عن نفسه بسبب يستحق عليه، مرغوب فيه (وهو العودة إلى الإسلام) فلا يصير في حكم المريض. ومحمد يقول هو مشرف على الهلاك فيكون بمنزلة المريض في التصرف، دليل ذلك أن زوجته ترثه بحكم الفرار. وذلك لا يتحقق إلا في المريض، وحجة أبي حنيفة أن ملكه يزول بالردة، وتصرفه بحكم الملك، فيتوقف بتوقف الملك. (انظر المبسوط ج ١٠، ص ١٠٤، ١٠٥، والبداية ج ٥ ص ٢٤٧).

باب قول زفر على خلاف قول أصحابنا الثلاثة

١٠٦٠- قال (زفر): شاهدان شهدا^(١) أنه أعتق أحد عبديه^(٢)، لكننا نسينا ؛ تقبل هذه الشهادة.

وعندنا: لا تقبل، وقد مر^(٣) في الطلاق^(٤).

١٠٦١- قال (زفر): إذا قال لعبده: إن لم تدخل الدار غداً، فأنت حر، فمضى الغد، فقال السيد: دخلت الدار، فلم تعتق، وقال العبد: لم أدخل الدار، وعتقت. فعند زفر: القول قول العبد.

وعندنا: القول قول المولى^(٥).

١٠٦٢- قال (زفر): إذا قال لأمة الغير: إن تسريتك، فأنت حرة، فاشتراها، ثم تسراها، عتقت.

وعندنا: لا تعتق^(٦).

له: أنه التسري لا يصح إلا في الملك، فإضافة العتق إليه، كالإضافة^(٧) إلى الملك.

لنا: أن التسري ليس بسبب للملك، إلا أنه يقع في الملك غالباً، فلا يكون

(١) في ك، زيادة (على رجل) وهي توضح المعنى.

(٢) في ك زيادة (بعينه) وهي زيادة تؤدي إلى وضوح المعنى. وفي ق، ط (عيناً) وهذه الزيادة توضح المعنى، لأنها تحدد العبدين فقط، فقد يكون مالِكاً لأكثر من عبدين، والعتق جاء لأحد هذين العبدين بالذات.

(٣) في ز، ك، ق، ط (مرت المسألة) بدل (مر) والأولى أكثر وضوحاً في الدلالة على المراد. انظر المسألة ٩٥٩.

(٤) انظر المبسوط ج ٦ ص ١٤٥، والجامع الصغير ص ٢٠٤، والبنية ج ٥ ص ٩٥.

(٥) هذه المسألة سقطت من بقية النسخ، وهي نظير مسألة الطلاق إذا قال: إن دخلت الدار، أو إن كلمت فلاناً فأنت طالق. فقالت: دخلت، أو كلمت. (انظر البدائع ج ٤ ص ١٨٦٠).

(٦) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٣١٩، والبنية ج ٥ ص ٢٩٥، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٤٥.

(٧) في ك (كإضافته) بدل (كالإضافة) والمعنى واحد.

إضافة إلى الملك، كما إذا قال: إن وطنتك.

١٠٦٣- قال (زفر): إذا أعتق المولى ابن المكاتب الذي^(١) ولد في كتابته، أو الذي اشتراه، لا يصح إعتاقه.

وعندنا: يصح^(٢).

له: أن للمكاتب أن يأخذ أكساب ولده، مادام مكاتبًا فإذا أعتقه المولى فقد أبطل حقه.

لنا: أن المقصود من الكتابة، واستحقاق الأكساب، عتق المكاتب، وعتق أولاده، وههنا^(٣) تحقق هذا المقصود^(٤)، فكان راضيًا به.

١٠٦٤- قال (زفر): المكاتب إذا جنى جنيات؛ يلزمه لكل ولي جناية، قيمته^(٥) كاملة^(٦).

وعندنا: يجب لكل قيمة نفسه مرة واحدة^(٧).

له: أن القاضي لو قضى للأول بقيمة^(٨) يجب للباقي^(٩) قيمة أخرى، فكذا إذا لم يقض. والجامع بينهما رعاية حق كل واحد منهما.

لنا: أن جناية العبد تتعلق برقبته دفعًا^(١٠)، إلا أنه إذا امتنع، تجب القيمة،

-
- (١) في ك، زيادة (قد) ولا تؤثر في المعنى.
- (٢) انظر المبسوط ج ٧ ص ١٦٧. والبدائع ج ٥ ص ٢٢٩١، ولم يشر فيهما إلى قول زفر.
- (٣) في ز (وقد) وفي ش، ك، ق، ط (وهذا) بدل (ههنا) والأخيرة أنسب للمعنى.
- (٤) في ش (وهذا يحقق مقصود) بدل (وههنا تحقق هذا المقصود) والثانية أوضح.
- (٥) في ش، ح، ز، ط (قيمة) بدل (قيمته) والثانية أنسب للمعنى؛ لاشتمالها على الضمير الدال على المكاتب.
- (٦) في ز، ك، ق، ط (تامة) بدل (كاملة) والمعنى واحد. والصحيح عند الثلاثة وزفر أنه إذا جنى فعليه الأقل من قيمته، وأرش الجناية. (البدائع ج ٥ ص ٢٥٠٤، والأصل ج ٤ ص ٦٢٨).
- (٧) هذا إذا كان قبل أن يحكم عليه، أما إذا كان قد حكم عليه في الأولى فعليه أيضًا في الثانية الأقل من قيمته، ومن أرش الجناية عند الثلاثة. وعند زفر الحكم واحد سواء حكم عليه في الأولى أم لا. (المبسوط ج ٧ ص ٢٢٢).
- (٨) في ش، ز، ق، ط (بقيمة) بدل (بقيمة) وتؤديان إلى المعنى المراد.
- (٩) في ش، ز، ك، ق، ط (للثاني) بدل (للباقي) و الأولى أنسب.
- (١٠) في ز زيادة (دفعًا للضرر عن المولى) وهي زيادة ليست صحيحة، إذ المقصود هو أن

وهنا المكاتب لم يمنع إلا رقبة واحدة، فلا يغرم إلا قيمة واحدة، بخلاف ما إذا قضى للأول؛ لأنه صار دينًا عليه مطلقًا، وصارت رقبته فارغة، وهذا شغل مبتدأ.

١٠٦٥- قال (زفر): المكاتب إذا جنى جنابة^(١) خطأ، ثم عجز قبل أن يقضى عليه بشيء^(٢)؛ فهو دين عليه، يخاطب^(٣) به للحال. وعندنا: يخير مولاه بين الدفع، والفداء^(٤).

له: أن جنابة المكاتب توجب عليه قيمته، لو رفع إلى القاضي، يقضي به، فلا يسقط بالعجز، كما إذا قضى به^(٥).

لنا: أن موجب جنابة العبد^(٦)، تتعلق برقبته، وإنما تصير دينًا مطلقًا، بقضاء القاضي، فإذا عجز قبل قضاء القاضي^(٧)، بقي معلقًا^(٨) برقبته، فتخير مولاه، كالقن، من الأصل.

١٠٦٦- قال (زفر): مسلم ارتد - والعباد بالله^(٩) - وله عبد، فكاتبه^(١٠) ابنه، ثم قتل المرتد؛ جازت الكتابة. وعندنا: لا تجوز^(١١).

له: أن الابن ورث مال^(١٢) المرتد من وقت رده، فكان مكاتبًا ملك نفسه.

العبد، إذا جنى يدفعه المولى إلى ولي الجنابة، إلا إذا امتنع المولى تجب القيمة.

- (١) (جنابة) سقطت من ك. والإثبات أفضل لتأكيد المعنى.
- (٢) (بشيء) سقطت من ك. والأفضل إثباتها لتمة المعنى.
- (٣) في ز (يطالب) بدل (يخاطب) والمعنى واحد.
- (٤) انظر المبسوط ج ٧ ص ٢٢٤، وفتح القدير ج ٨ ص ١٥٠. وقد كان أبو يوسف يقول أولاً: يباع فيه وإن عجز قبل القضاء، ثم رجع عنه إلى قول صاحبه.
- (٥) في ز (بها) بدل (به) والثانية أفضل لعود الضمير إلى مذكر.
- (٦) في ك (الجنابة للعبد) بدل (جنابة العبد) والثانية أفضل؛ لأنها أسهل في التركيب.
- (٧) في ز، ك، ق، ط (القضاء) بدل (القاضي) والثانية أبسر في أداء المعنى.
- (٨) في ز، ش، ق، ط (متعلقًا) بدل (معلقًا) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
- (٩) في ق (نعوذ بالله) بدل (والعباد بالله) والمعنى واحد.
- (١٠) في ط (كاتبه) بدل (فكاتبه) والثانية أنسب لاشتغالها على الفاء الدالة على المكاتب بعد الرد.
- (١١) انظر المبسوط ج ٧ ص ٢٣٤.
- (١٢) في ط زيادة (من) ولا معنى لهذه الزيادة.

لنا: أنه كان^(١) ملك الأب، حال كتابته، وإنما يثبت الإرث عند القتل، أو بلحوقه^(٢) بدار الحرب، فكان تصرفاً في ملك الأب.

١٠٦٧- قال (زفر): المكاتب إذا ارتد، ولحق بدار الحرب، يجعل كموته، فيؤدي بدل الكتابة من كسبه، ويحكم بعقه.

وعندنا: يتوقف فيه، إن^(٣) مات فعل ذلك، وإن عاد مسلماً أدى بنفسه، وعق^(٤).

له: أن لحوق الحر المرتد بدار الحرب كموته، فكذلك المكاتب^(٥).

لنا: أن الكتابة تعلق بها حقه، وحق مولاه^(٦)، واحتمال العود مسلماً قائم، فيجب رعاية حقهما بالترقب.

١٠٦٨- قال (زفر): إذا قال لعبده: إذا مات فلان، أو مت أنا^(٧)؛ فأنت حر؛ صار مُدْبَرًا.

وعندنا: لم يصير مُدْبَرًا^(٨).

له: أن عتقه^(٩) تعلق بموت كل واحد منهما على الانفراد. والتعليق بموت المولى يوجب التدبير.

لنا: أن احتمال أن يموت^(١٠) فلان قبل المولى^(١١) قائم. وعلى هذا التقدير لا يكون مُدْبَرًا.

-
- (١) في ش، ق (أن العبد) بدل (أنه كان) وتؤديان إلى المعنى المراد.
- (٢) في ش، ق، ط (لحوقه) وفي ز (أو للحوقة) بدل (أو بلحوقه) وتؤدي جميعاً إلى المعنى المراد.
- (٣) في ز، ش، ك، ق، ط (فإن) بدل (إن) والمعنى واحد.
- (٤) انظر المبسوط ج ٧ ص ٢٣٥.
- (٥) في ز، ش، ك، ق، ط، أ زيادة (المرتد) وهي تكمل المعنى وتوضحه.
- (٦) في ز، ش، ك، ق، ط (المولى) بدل (مولاه) والمعنى واحد.
- (٧) (أو مت أنا) سقطت من ط والإثبات هو الصحيح لاكتمال أجزاء المسألة.
- (٨) انظر المبسوط ج ٧ ص ١٨١، ١٨٢، ١٨٦، والبداية ج ٥ ص ٢٤١٦.
- (٩) في ز، ك (العتق) بدل (عقه) والمعنى واحد.
- (١٠) في ز، ق، ط (موت) بدل (أن يموت) وتؤديان إلى المعنى المراد.
- (١١) في ز، ط زيادة (موت المولى) وهي توضح المعنى أكثر.

١٠٦٩- قال (زفر): إذا قال^(١): أنت [حر]^(٢) قبل موتي بثلاثة أيام، أو قال: يوم، أو قال: بشهر، فمضت تلك المدة صار مدبراً، مطلقاً. وعندنا: هو مدبر مقيد^(٣).

له: أنه تعلق عتقه بموته، وهذا هو التدبير^(٤) المطلق.

لنا: أن التدبير المطلق هو إيجاب العتق عند الموت مطلقاً، من الابتداء. وهذا تعليق شرط^(٥) قد يوجد، وقد لا يوجد، فلا يكون إيجاباً مطلقاً. فيقبل الفسخ^(٦).

١٠٧٠- قال (زفر): الذمي إذا أسلم مدبره الذمي^(٧) فقضي^(٨) عليه بالسعاية، [ويعتق^(٩) للحال، فيسمى، وهو حر.

وعندنا: صار كالمكاتب بعد القضاء بالسعاية^(١٠)؛ يؤدي ثم يعتق^(١١).

له: أنه بالإسلام صار واجب الإزالة عن ملكه، وتعذر الإزالة بالبيع^(١٢).

(١) في ط زيادة (العبد) وهي توضح المعنى.

(٢) سقطت من الأصل وهو وهم من الناسخ إذ المعنى لا يستقيم بدونها.

(٣) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٣٤٥. والتدبير المطلق أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقاً مثل أن يقول: أنت حر بعد موتي، وأما المقيد: هو أن يعلق عتق عبده، بموته موصوفاً بصفة، أو بموته وشرط آخر، مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا، أو في سفري هذا، أو إن قتل فأنت حر. (البدائع ج ٥ ص ٢٤١٥، ٢٤١٧).

(٤) في ز، ق، ط (المدبر) بدل (التدبير)، وإن كان المراد بالصمير المعلن، فالتعبير بالمصدر أنسب، وإذا كان المراد به العبد، فالتعبير باسم المفعول أنسب.

(٥) في ح، ز، ق، ط، أ (بشرط) بدل (شرط) والأولى أنسب للمعنى هنا.

(٦) من قوله (لنا: أن التدبير ...). من المسألة ١٠٦٨، إلى هنا يياض في ك.

(٧) في ق زيادة (أو أم ولده) وهي زيادة تضيف حكماً جديداً.

(٨) في ش، ح، ز، ك، ق، ط (قضي) بدل (فقضي) والأولى أنسب لسياق الجملة.

(٩) في ك، ق، ط (واعتق) بدل (ويعتق) والمعنى واحد.

(١٠) سقط ما بين القوسين من الأصل، وهو وهم من الناسخ إذ اشتهت عليه لفظه (بالسعاية) الأولى مع الثانية.

(١١) انظر المبسوط ج ٧ ص ١٦٩.

(١٢) في ش زيادة (لأنه مدبر) وهي توضح سبب تعذر الإزالة بالبيع.

فتعين^(١)، وأعتق^(٢) للحال^(٣) تحقيقًا للإزالة.
لنا: أنه لو عتق للحال، يتكاسل في المعايه، فيؤدي إلى تعطيل حق
المولى، فيتوقف عتقه على الأداء، رعاية للجانبين.

-
- (١) في ز، ق، ط، زيادة (العتق) وهي نوضح المعنى أكثر.
(٢) في ش، ح، ط (ويعتق) وفي أ (فيعتق) بدل (وأعتق) وتؤدي إلى المعنى المراد.
(٣) في الأصل زيادة (وأعتق للحال، فيسمى وهو حر، وعندنا: صار كالمكاتب بعد القضاء
بالمعايه للحال) وهي وهم من النسخ، إذ لا معنى لها.

باب قول الشافعي خلافا لعلمائنا

١٠٧١- قال (الشافعي): من ملك ذا رحم^(١) منه غير الوالدين والمولودين^(٢) لا يعتق عليه.

وعندنا: يعتق^(٣).

له: أنه ملك معصوم، فلا يزول إلا بإزالته، وإعتاقه كبنى الأعمام.

لنا: قوله - ﷺ -: «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر»^(٤) وفي رواية:

(١) في ق، ط، ك، أ زيادة (محرم) وهي زيادة مطلوبة لبيان أن المراد به هنا الرحم المحرم، وهو كل من لا يجوز نكاحه على التأيد، مثل الآباء والأبناء، والأخ والأخت والعم والعمة والخال، والخالة، وأما الرحم غير المحرم كأبناء العم، وأبناء الخالة فإنهم لا يعتقون عليه بالاتفاق بين الشافعي، والحنفية، وقد قال الأوزاعي: أنه يعتق عليه كل ذي رحم محرم منه أو غير محرم، ويستسمى. (انظر البناية ج ٥ ص ٣٢. والمبسوط ج ٧ ص ٧٠).

(٢) والمراد به غير قرابة الولاد - بكسر الواو - وهي القرابة بين الولد والوالدين - (البناية ج ٥ ص ٣٣).

(٣) انظر المبسوط ج ٧ ص ٧٠، والبناية ج ٥ ص ٣٢، ٣٣، والبدائع ج ٥ ص ٢٤٨٧، وانظر الأم ج ٨ ص ١٤، ومنني المحتاج ج ٤ ص ٤٩٩.

وأما عند المالكية فإنه يعتق عليه: الآباء، والأجداد، والأمهات والجندات، وأمازهم وأمهاتهم، والأبناء والبنات وأولادهم، من غير فصل بين أبناء الأولاد، وأبناء السات، والأخوة سواء كانوا أخوة لأب وأم، أو لأب، أو لأم، وأما أبناء الأخوة فلا يعتقون عندهم. (انظر المدونة ج ٣ ص ١٩٩، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٧). وعند الحنابلة إذا ملك ذي رحم محرم بنسب، كأبيه وجده وإن علا، وولده، وولد ولده وإن سفل، وأخيه وأخته وولدهما، وإن نزل، وعمه وعمته، وخاله وخالته، عتق عليه، واحتجوا بالحديث الذي أورده المصنف. (شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٦٤٩).

(٤) رواه أبو دارد، كتاب العتاق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم، حديث رقم ٣٩٤٩، عن سمرة بن جندب مرفوعاً، وقال أبو داود: لم يحدث ذلك الحديث إلا حماد بن سلمة، وقد شك فيه. ج ٤ ص ٢٦، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم، حديث رقم ١٣٦٥، ج ٣ ص ٦٣٧ عن سمرة بن جندب مرفوعاً. وقال الترمذي،

«عتق عليه»^(١)، ولأن هذه قرابة واجبة الوصل، بالنص، ويدلّل أنها توجب حرمة المناكحة، فتوجب العتق عند الملك^(٢)، تحقيقًا للوصل، كقرابة الولادة.

١٠٧٢- قال (الشافعي): مريض مرض الموت، إذا^(٣) أعتق ثلاثة أعبد، قيمتهم سواء، ولا مال له غيرهم، ومات؛ عتق واحد منهم، وأقرع بينهم، فمن خرجت قرعته، يحكم بعتقه.

وعندنا: يعتق من كل واحد منهم^(٤) ثلثه. ويسعى للورثة في ثلثي قيمته^(٥). له: أن المستحق للعتق ليس إلا الواحد؛ [لأن]^(٦) هذه وصية، والوصية به^(٧) تنفذ [من]^(٨) الثلث، وهم كل ماله، فكان الثلث أحدهم، وهو منهم، فيستخرج بالقرعة؛ لأنها طريق مشروع، روي أن النبي - ﷺ - كان^(٩) إذا سافر أقرع بين نسائه^(١٠)، فمن خرجت قرعتها، سافر بها.

هذا حديث لا نعرفه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة، ورواه أيضًا عن ابن عمر مرفوعًا من طريق ضمرة بن ربيعة ج ٣ ص ٦٣٨.

وابن ماجة في كتاب العتق، باب من ملك ذا رحم محر فهو حر، حديث رقم ٢٥٢٤، ج ٢ ص ٨٤٣، عن سمرة بن جندب مرفوعًا، ورواه أيضًا عن ابن عمر بهذا اللفظ، حديث رقم ٢٥٢٥.

(١) رواه البيهقي: كتاب العتق، باب من يعتق بالملك، عن ابن عمر مرفوعًا، ج ١٠، ٢٨٩، وقال الزيلعي: أخرجه النسائي في سننه عن ضمرة بن ربيعة عن عبدالله بن دينار، عن ابن عمر مرفوعًا، (نصب الراية ج ٣ ص ٢٧٨).

(٢) (عند الملك) سقط من ق. والإثبات أفضل لاكمال أجزاء المسألة.

(٣) (إذا) سقطت من ك، ق، ط ولا يتغير المعنى.

(٤) (منهم) سقطت من ك. ورثاتها أفضل لتأكيد وإيضاح المعنى.

(٥) انظر المبسوط ج ٧ ص ٧٥، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٥٠٢.

(٦) في الأصل (أن والمعنى لا يستقيم معها، وفي ق (ولأن) ولا فائدة لإثبات الواو هنا، لأنها تخل بالمعنى.

(٧) (به) سقطت من ش، ز، ق، ك، ط، أ. ولا يؤثر سقوطها في تغيير المعنى.

(٨) (من) سقطت من الأصل والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٩) (كان) سقطت من ك. ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(١٠) رواه البخاري، كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها وعقها إذا كان له زوج، ج ٣ ص ٢٠٨، ومسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب فضل عائشة رضي الله عنها، حديث رقم

لنا: أنه أوقع العتق على الكل، فلا يجوز حرمان البعض، بل يجب التوزيع عليهم بالتسوية^(١)، تسوية بين المستحقين، بقدر الإمكان، أما الحديث: فلنا: الإفراع كان لتطبيب قلوبهن، لا لبيان الاستحقاق؛ لأنه لا يحق لهن بعد^(٢) مسافرة الزوج.

١٠٧٣- قال (الشافعي): إذا قال لأمتي: أنت طالق، أو أنت بائن، ونوى به العتق - تعتق^(٣).

له: أنا أجمعت على أنه لو قال لامرأته، أنت حرة، ونوى به الطلاق؛ يقع^(٤)، فكذا إذا قال لأمتي: أنت طالق^(٥). والجامع بينهما، أن كل واحد منهما لفظ موضوع^(٦) لإزالة نوع ملك، فيستعمل أحدهما مكان الآخر، وصار كقوله: لا ملك لي عليك، ولا سبيل لي عليك.

لنا: أنه نوى مالا يحتمله لفظه؛ لأن هذا اللفظ^(٧) ينبيء عن إزالة القيد، ولا قيد في المحل؛ لأن فيه ما ينافي القيد، وهو الرق؛ لأن القيد هو المانع من الفعل، مع^(٨) القدرة عليه، والرق ضعف، وعجز، فكان منافيًا للقدرة، وإذا لم يثبت ما ينبيء عنه اللفظ [وهو زوال القيد - فإثبات شيء آخر لا ينبيء عنه اللفظ]^(٩)، خلاف الحقيقة، وأنه لا يجوز.

بخلاف قوله: لا ملك لي عليك؛ لأنه ينبيء عن زوال الملك صريحًا^(١٠).

٨٨، ج ٤ ص ١٨٩٤ وابن ماجة، كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة، حديث رقم ٢٣٤٧، ج ٢ ص ٧٨٦. ورواه الإمام أحمد في مسنده، ج ٦ ص ١١٤.

(١) في ش، ق (على السوية) وفي ط (بالسوية) وفي ز (على التسوية) بدل (بالتسوية) ونودي جميعها إلى المعنى المراد.

(٢) في ق (عند) بدل (بعد) والثانية أبلغ في أداء المعنى.

(٣) انظر المسوط ج ٧ ص ٦٣، والبناء ج ٥ ص ٢٥، ومعني المحتاج ج ٣ ص ٤٩٣.

(٤) في ز، ط (تطلق) بدل (يقع) وتؤيدان لمعنى واحد.

(٥) في ك زيادة (ونوى به العتق) وهي تكمل المعنى.

(٦) في ك زيادة (مفهوم موضوع) ولا أثر لهذه الزيادة.

(٧) في ش، ز، ك، ط (هذه اللفظة) بدل (هذا اللفظ) وهما جائزان.

(٨) في ك (في) بدل (مع) والثانية أنسب للمعنى.

(٩) سقط من الأصل، وهو وهم من الناسخ حيث اشبهت عليه الجملة الأولى بالثانية.

(١٠) في ش، ز، ح، ك، ط وردت مسألة قبل هذه المسألة وهي (قال: رجل كاتب عبدًا له

١٠٧٤- قال (الشافعي): بيع المدبر المطلق، يجوز.

وعندنا: لا يجوز^(١).

له: ما روي عن النبي - ﷺ - أنه باع مدبراً بثمانمائة درهم^(٢). ولأن هذا تعليق العتق بالشرط، فلا يمنع البيع كسائر^(٣) الشروط، ولأن هذه وصية. وسائر الوصايا غير لازمة، فكذا هذا.

لنا: ما روي عن عمر - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ - أنه قال: «المدبر لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، وهو حر من الثالث»^(٤).

والمعنى، أن التدبير سبب للحرية في الحال؛ لأنه لا يمكن جعله سبباً بعد الموت؛ لأنه حال بطلان أهلية التحرير، وإبطال سبب الحرية لا يجوز، إما لأنه لا يقع إلا لازماً، وإما^(٥) لأنه حق المدبر، وما روى من الحديث معناه أنه أجره، ولأن^(٦) الإجارة نوع بيع، أو كان ذلك في وقت كان يباع الحر. كما روى أن النبي - ﷺ -: «باع [سُرْقاً]^(٧) في دين»^(٨).

صغيراً، لا يجوز. وعندنا: يجوز؛ لأن الصبي من أهل التصرف عندنا: خلافاً له، ومذكوره في كتاب المأذون) ولا داعي لإثباتها مادامت ستذكر في كتاب المأذون في المسألة رقم ١٩٦٨. وفي أذكرها بعد هذه المسألة.

(١) انظر المبسوط ج ٧ ص ١٧٩، البدائع ج ٥ ص ٢٤٣٣، والبنية ج ٧ ص ١٢٤، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٥١٢.

(٢) رواه البخاري، كتاب العتق، باب بيع المدبر، ج ٣ ص ١٩٢، والإمام مسلم، كتاب الأيمان، باب جواز بيع المدبر، حديث رقم ٥٨، ج ٣ ص ١٢٨٩.

(٣) في ط (كالتعليق بسائر) بدل (كسائر) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(٤) رواه الدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً، وليس فيه (ولا يورث)، وقال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله. كتاب المكاتب، حديث رقم ٥٠، ج ٤ ص ١٣٨.

(٥) في ش، ح، ك، ق، ط، أ (أو) بدل (وإما) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٦) في ش، ز، ك، ق، ط (فإن) بدل (ولأن) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(٧) في الأصل (سُرْقاً) وهو وهم من الناسخ، إذ الاسم الصحيح سُرق وقد ناعه رسول الله - ﷺ - في دين، رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار، كتاب القضاء والشهادات، باب الحر يجب عليه دين ولا يكون له مال: كيف حكمه؟ ج ٤ ص ١٥٧. قلت: وفي هذا نظر!!

(٨) وفي ق زيادة: (أو نحمله على المدبر المقيد، وعندنا: يجوز بيع المدبر المقيد، وهو أن يقول: إن مت من مرضي كذا، فأنت حر، أو يقول: إن مت في السنة العلانية، أو في

١٠٧٥- قال (الشافعي): لا تجوز الكتابة الحالة.

وعندنا: تجوز^(١).

له: أن الغرض المطلوب من الكتابة لا يحصل إلا بالأداء، والأداء بالكسب، وأنه لا بد له من مدة كما قلتم في باب السلم^(٢)، فإذا لم يشترط^(٣) التأجيل، لا يفيد غرضه، فلا يجوز.

لنا: أن النصوص المقتضية لجواز الكتابة من الكتاب والسنة [مطلقة]^(٤)، من غير فصل، ولأن بدل الكتابة ثمن كما في^(٥) البيع، والقدرة على أداء الثمن، ليس بشرط لجواز العقد^(٦)، كالمفلس إذا اشترى شيئاً بألوف بل وهم القدرة يكفي، وههنا وهم القدرة ثابت بالاستقراض ونحوه، بخلاف السلم؛ لأن المسلم فيه مبيع، والقدرة على تسليم المبيع، حال وجوب تسليمه؛ شرط.

١٠٧٦- قال (الشافعي): إذا كاتب عبده على مال، بحط ربع، أو ثلث، بصح ويلزمه حط ما التزم^(٧).

الشهر القلاني فأنت حر، فهذا هو التدبير المقيد، وعندنا: يجوز بيع هذا المدبر، فيحمل الحديث على هذا توفيقاً بينه، وبين ما روينا من الخبر. وهذه الزيادة تفصل الحاجة أكثر.

(١) انظر فتح القدير، والعناية على حاشية فتح القدير ج ٨ ص ٩٦، والبدائع ج ٥ ص ٢٤٧٨، ومنهني المحتاج ج ٤ ص ٥١٨. والأم ج ٨ ص ٤٣، ٤٧.

(٢) لأنه في المسلم لا يجوز إلا مؤجلاً عند الحنفية، وعند الشافعية يجوز مؤجلاً وغير مؤجل، وعلى هذا لا خلاف بين المذميين في جواز المكتبة على بدل مؤجل. (البدائع ج ٥ ص ٢٤٧٨).

(٣) في ز (يشترطاً) بدل (يشترط) والفعل الثاني أنسب للعبارة.

(٤) سقطت من الأصل، ح، ك، أ وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى المراد.

(٥) في ش (كثمن) وفي ز، ك، ق، ط (كالثمن في) بدل (كما في) والمعنى واحد.

(٦) في ز، ط، (البيع) بدل (العقد) والمعنى واحد.

(٧) قوله (يصح ويلزمه حط ما التزم) سقط من ط. والكلام هنا مضطرب، لأنه وضع الحط كأنه شرط في هذا العقد، بينما عند الشافعي يلزم السيد أن يحط عن مكاتبه جزءاً من المال، ويستحب أن يكون الربع، وإن لم يكن الربع فالسبع، ولذلك كان من المفروض أن تكون العبارة، (وعند الحنفية لا يلزمه شيء)؛ لأن سياق الحجج بعدها تدل على هذا. (انظر منهني المحتاج ج ٤ ص ٥٢١).

وعندنا: لا يلزمه حط شيء منه^(١).

له: قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي مَاتَكُمْ﴾^(٢) وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال: معناه حطوا ببعض^(٣) الكتابة^(٤).

لنا: قوله - ﷺ -: «أبما عبد كوتب على مائة أوقية، فأدى، إلا عشر أواق، فهو عبد»^(٥)، ولأن الكتابة قد صحت بهذا البدل، فلا يلزمه حطه؛ لأنه لا معنى لإيجابه ليُحط^(٦). وأما الآية قلنا^(٧): معناه^(٨): أعطوهم من زكاة أموالكم.

١٠٧٧- قال (الشافعي): المكاتب إذا مات عن وفاء، قال زيد ابن ثابت: مات عبداً، والمال كله للمولى^(٩). وهو قول^(١٠) الشافعي: وقال [علي]^(١١) وابن

(١) انظر فتح القدير ج ٨ ص ٩٦، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٥٢١، والام ج ٨ ص ٣٣.

(٢) سورة البور ٣٣.

(٣) في ز زيادة (بعض بدل) وهي توضح المعنى أكثر.

(٤) رواه البيهقي، كتاب المكاتب، باب ما جاء في تفسير قوله عز وجل: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي مَاتَكُمْ﴾ ج ١٠، ص ٣٢٩.

(٥) رواه أبو داود، كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز، أو يموت، حديث رقم ٣٩٢٧، ج ٤ ص ٢٠. والترمذي كتاب البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذ كان عنده ما يؤدي، حديث رقم ١٢٦٠، ج ٣ ص ٥٥٢، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب. وابن ماجه، كتاب العتق، باب المكاتب، حديث رقم ٢٥١٩، ج ٢ ص ٨٤٢، كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. وفي في زيادة ولقوله - ﷺ -: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم». وهي زيادة حسنة فيها تقوية للحجة. والحديث رواه أبو داود في كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت، حديث رقم ٣٩٢٦، ج ٤ ص ٢٠.

(٦) في ش، ك، ق، ط (ليحطه) بدل (ليحط) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٧) (قلنا) سقطت من ك، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٨) في ك زيادة (معناه يعني) ولا فائدة لهذه الزيادة.

(٩) رواه ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية باب في المكاتب يموت ويترك ديناً، وبقية من مكاتبه، ج ٦ ص ٣٩٥، وباب في مكاتب مات وترك أحراراً، ج ٦ ص ٤١٦، والبيهقي، كتاب المكاتب، باب موت المكاتب ج ١٠، ص ٣٣١.

(١٠) في ز، ش، ط، ك (مذهب) بدل (قول) والمعنى واحد.

(١١) سقط من الأصل، ح، أ. والأصل إثباته، لأنه روى عن علي هذا. والأثر رواه البيهقي عن

مسمود - رضي الله عنهم - يؤدي كتابته، ويحكم بحريته، وهو^(١) مذهبنا^(٢).
له أن فائدة بقاء الكتابة؛ العتق، وتعذر إثبات العتق بعد الموت؛ لأنه
ميت، وتعذر إثباتها قبل العتق^(٣)؛ لأنه قبل الأداء، ولأنه لا بد أن يثبت عند
الأداء، ثم يستند، وتعذر إثباتها^(٤) عند الأداء، لما مر.

لنا: إنا أجمعنا على بقاء عقد الكتابة بعد موت المولى؛ لحاجته^(٥)، فيبقى
بعد الموت المكاتب أيضًا، لحاجته إلى العتق.

قوله: تعذر إثباته^(٦) بعد الموت، وقبله؛ قلنا: لا بل كل ذلك ممكن بعد
الموت، بأن يقدر حيًا، فيثبت العتق، ويظهر في حق الأكساب، والأولاد،
وقبل العتق^(٧) يثبت بشرط أن يوجد الأداء بعد الموت، فإذا أدى تبين أن
العتق كان ثابتًا.

١٠٧٨. قال (الشافعي): ولاء الموالاة ليس بشيء، ولا يرث به، ولا يعقل^(٨).
وعندنا: هو مشروع، ويرث به، ويعقل، يرث الأعلى من الأسفل^(٩).

على ما مر مسمود في كتاب المكاتب، باب موت المكاتب، ج ١ ص ٣٣١، ورواه ابن
أبي شيبة في مصنفه من ابن مسمود، كتاب البيع، والأفضى ج ٦ ص ٤١٧.

- (١) مي ك (وعدا) بدل (وهو) والمعنى واحد.
- (٢) انظر الجامع الصغير ص ٣٧٥، والمبسوط ج ٧ ص ٢٠٨، وفتح القدير ج ٨ ص ١٤٣،
والأم ج ٣ ص ٥٣، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٥٣١.
- (٣) في ز، ك، ق، ط (الموت) بدل (العتق) والأولى أنسب للمعنى.
- (٤) مي ش، ز، ق، ك، ط (إثباته) بدل (إثباتها) والأولى أفضل لأن الضمير فيها يعود على
العتق وهو مذكور.

- (٥) مي ق زيادة (إلى العتق) وهي زيادة توضح المعنى.
- (٦) مي ك (إثبات العتق) بدل (إثباته) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
- (٧) مي ز، ك، ق، ط (الموت) بدل (العتق) والأولى أنسب للمعنى، دل عليه قولهم: (قوله:
تعذر إثباته بعد الموت وقبله).
- (٨) مي ز زيادة (عنه) وهي زيادة توضح المعنى. انظر المسألة (١٠٤٤) في تعريف ولاء
الموالاة.

- (٩) في ز، ك، ق، ط زيادة (ولا يرث الأسفل من الأعلى). وهي زيادة توضح المعنى أكثر،
وفي ك زيادة (وهو الممتهق لأنه أنعم بالعتق ولم يوجد من هذا) وهذه الزيادة ليست
صحيحة، لأن الكلام هنا عن ولاء الموالاة - ليس عن ولاء العتاقة. وانظر الأم ج ٦ ص
١٨٧، والبدائع ج ٥ ص ٥٤٦، وفتح القدير ج ٨ ص ١٦٢، والمبسوط ج ٨ ص ٨٢.

له . أن سبب الإرث في الشرع ، أما الفرض أو التعصيب ، كما نطقت به النصوص^(١) . وهذا ليس من^(٢) أحدهما في شيء . [ولهذا]^(٣) لا يرث ذور الأرحام عنده .

لنا: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ • فَتَاوُهُمْ تَصِيْبُهُمْ﴾^(٤) . وروى تميم الداري^(٥) عن النبي - ﷺ - أنه قال في الرجل الذي أسلم على^(٦) يدي تميم^(٧) ، ووالاه: «هو أخوك ومولاك، تعقل عنه وترثه»^(٨) .

(١) في ك (نطق به النص) وفي ق (نطق به النصوص) بدل (نطقت به النصوص) والأخيرة أفضل، لأنها أدق في التعبير عن المعنى، إذا الوارد في هذا نصوص وليس بقا واحداً.

(٢) في ش (في) بدل (من) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في الأصل (وفي هذا) ولا يستقيم المعنى بها.

(٤) النساء ٣٣.

(٥) هو تميم بن أوس بن خارجة - وقيل - حارثة - الداري صحابي، كان نصرانياً فأسلم سنة تسع للهجرة، وانتقل إلى الشام بعد قتل عثمان، ومات في الشام، (الإصابة ج ١ ص ١٨٤).

(٦) في ز (في) بدل (على) والثانية أفضل؛ لأنها هي الشائعة.

(٧) والجملة هنا فيها تكرار وحشو، إذ من الأفضل أن يقول (على يديه) أو أن يحذف الاسم الأول في بداية الجملة، فيقول (روى عن النبي . . .).

(٨) رواه أبو داود، كتاب الفرائض، باب في الرجل يسلم على يدي الرجل، أو تميماً قال: يا رسول الله: ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين؟ قال: «هو أولى الناس بمحباه ومعااته» حديث رقم ٢٩١٨، ج ٣ ص ١٢٧ والترمذي بلفظ أبي داود، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الذي يسلم، على يدي الرجل، حديث رقم ٢١١٢، ج ٤ ص ٤٢٧. وابن ماجه كتاب الفرائض، باب الرجل يسلم على يدي الرجل حديث رقم ٢٧٥٢، ح ٢ ص ٩١٩ بلفظ أبي داود، والبيهقي في كتاب الولاء، باب ما جاء في علة حديث روي فيه عن تميم الداري مرفوعاً، ج ١٠ ص ٢٩٦، ٢٩٧.

كتاب المكاتب

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٠٧٩. قال (أبو حنيفة): الكتابة تتجزأ، حتى لو كاتب نصف عبده، فنصف كسبه لمولاه، ونصف له.

وقال أبو يوسف ومحمد: يصير كله مكاتبًا، وكل الكسب له^(١). والدلائل مأمرة في تجزئ الإعتاق^(٢).

١٠٨٠. قال (أبو حنيفة): حربي مستأمن في دارنا، اشترى عبدًا مسلمًا وأدخله دار الحرب؛ عتق العبد، من غير ولاء. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق^(٣).

وعلى هذا الخلاف: عبد الحربي إذا أسلم في دار الحرب، فباعه من مسلم، أو حربي، وأجمعوا^(٤) أنه لو غنمه المسلمون يعتق؛ لأنه تقوى^(٥) وقهر^(٦) مولاه.

لهما: أن العتق إنما يثبت بإعتاق المولى، أو باستيلاء العبد على مولاه، ولم يوجد ههنا، وصار كما قبل دخول^(٧) دار^(٨) الحرب، وقبل البيع. له: أن العبد استحق الإزالة عن ملكه، دفعًا للذل عنه.

(١) انظر الأصل ج ٣ ص ٥١٦، والجامع الصغير ص ٣٧٢. والمبسوط ج ٨ ص ٤٢، والبدائع ج ٥ ص ٢٤٩٤.

(٢) في المسألة: ١٠٢١.

(٣) انظر المبسوط ج ٨ ص ١١٦.

(٤) في ط زيادة (على) وهي توضيح المعنى.

(٥) في ز، ك، ق زيادة (بهم) وهي توضيح المعنى.

(٦) في ز زيادة (بهم) وهي توضيح المعنى.

(٧) في ش (دخوله) وفي ز، ق، ط (الدخول) بدل (دخول) والمعنى واحد.

(٨) في ك (بدار) بدل (دار) والمعنى واحد.

وقد تعذر الجبر على الإعتاق، فبعثت كأمراً الحربي إذا أسلمت^(١)؛ بانت
بثلاث حصص، بدون التفريق.
١٠٨١- قال (أبوحنيفة): المكاتب إذا أوصى بثلاث ماله، ثم عتق، ثم مات؛ لم
تجز وصيته.
وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز، وهو نظير ما مر في قوله: كل عبد أملكه
إلى ثلاثين سنة، فهو حر^(٢).

(١) في ط زيادة (في دار الحرب) ولا داعي لهذه الزيادة؛ لأن الحكم واحد إذا أسلمت في دار
الحرب وغيره.

(٢) انظر الأصل ج ٤ ص ٧٤، والمصنوع ج ٨ ص ٥١، والمبدائع ج ٥ ص ٢٤٩٢، وانظر
المألة (١٠٣٣).

باب قول محمد على خلاف صاحبيه

١٠٨٢- قال (محمد): رجل كاتب أمته، على أنه بالخيار ثلاثاً، فولدت في مدة الخيار، وماتت هي، وبقي الولد، فالقياس أن تبطل الكتابة - وهو قول محمد^(١) - ولا تصح إجازة المولى^(٢). وفي الاستحسان لا يبطل، وله أن يجيزها. وإذا أجاز سعى الولد على^(٣) نجوم أمه^(٤) [وإذا أدى]^(٥) عتقت الأم في آخر^(٦) أجراء حياتها، وعتق ولدها، وهو قولهما^(٧).

له أن المفقود عليه فات في مدة الخيار^(٨)، فيبطل العقد، كما في البيع، والفقهاء فيه: أن^(٩) الولد يصير^(١٠) مكاتباً، ويقوم مقام الأم، تبف للام، والأم لم تصر مكانه بعد.

لهما أن^(١١) بقاء عقد الكتابة ههنا فائدة، بأن يجيزه المولى ويقوم الابن^(١٢) مقامها، فينفذ العقد في الأم في الحال، بتنفاذه في حق الولد، ثم يستند إلى وقت الانعقاد، بخلاف البيع؛ لأن ولد المبيعة لا يقوم مقامها.

(١) (وهو قول محمد) سقطت من ش، وسقطها أفضل، لأن الباب باب محمد.

(٢) في ط (ولا تصح إجازة المولى وهو قول محمد) بدل (وهو قول محمد، ولا تصح إجازة المولى) والمعنى واحد.

(٣) في ك (في) بدل (على) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٤) في ش، ك (الأمه) بدل (أمه) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) في الأصل (وآدى) والمعنى لا يتم بهذا.

(٦) في ق زيادة (جزء من) ولا يتغير المعنى بهذا.

(٧) انظر المبسوط ج ٨ ص ٧٢، ٧٣.

(٨) في ش، ز، ك، زيادة (للبنات) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٩) في ش، زيادة (وهو أن) ولا أثر لها.

(١٠) في ش، ز، ك، ق، ط زيادة (إنما يصير) ولا يتغير المعنى بهذه الزيادة.

(١١) في ط زيادة (في) وهي تؤدي إلى استقامة العبارة.

(١٢) في ش، ز، ك، ق، ط (الولد) بدل (الابن) والمعنى واحد.

١٠٨٣- قال (محمد): مريض مرض الموت، إذا كاتب عبده على ألفين، وقيمت^(١) ألف، ولا مال له غيره، ومات، يقال للمكاتب: عجل ثلثي قيمتك، وإلا رددت في الرق، وما زاد على الألف يؤخر^(٢).
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: [يقال له]^(٣): عجل ثلثي الألفين، وإلا رددت في الرق^(٤). وعلى هذا الخلاف: المريض إذا باع^(٥) عبده بألفين، إلى أجل، وقيمت ألف.
له: أن ما زاد على الألف يملكه^(٦) المولى مؤجلاً، فيبقى ذلك^(٧) الأجل، كما إذا خالغ امرأته عل ألف مؤجل في مرضه. فأما الألف: فملكه حالاً، فينفذ في ثلث هذا، وتعجل في ثلثيه.
لهما: أن بدل الكتابة قائم مقام الرقبة، فصار هذا تبرعاً بالألفين في حق التأجيل، فينفذ في ثلث ذلك.

(١) في ك (وقية العبد) بدل (وقيته) والمعنى واحد.

(٢) قوله (وما زاد على الألف يؤخر) سقط من ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ والأمثل إثباته لزيادة التوضيح.

(٣) سقطت من الأصل، والمبارة لاتنم بدونها.

(٤) وذلك أنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف يعجل ثلثي الألفين وهي: ألف وثلثمائة وثلثون وثلث، والباقي وهو ستمائة وستة وستون وثلثين، فيكون مؤجلاً، وعند محمد يؤدي ثلثي الألف - وهي قيمته - والباقي إلى أجله. انظر فتح القدير، والمباية على حاشية فتح لقدير ج ٨ ص ١٢٨، وحاشية ابن عابدين ج ٦ ص ١٠٨، والمبسوط ج ٨ ص ٦٨.

(٥) في ط (وإذا باع المريض) بدل (المريض إذا باع) والمعنى واحد.

(٦) في ش، ق، ط (ملكه) بدل (ملكه) والثانية أبلغ.

(٧) في ز، ش، ك، ق، ط (بقي على ذلك) بدل (يقي ذلك) والمعنى واحد.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٠٨٤- قال (أبيوسف) عبد بين اثنين^(١)، كاتناه، ثم أعتقه^(٢) أحدهما؛ عتق كله، ثم إن^(٣) كان المعتق موسراً، ضمن قيمة نصيب شريكه، وإن كان معسراً سعى العبد^(٤)، وقال محمد: سعى العبد في الأقل من نصف قيمته، ومن نصفه بدل الكتابة.

وعند أبي حنيفة: العتق والكتابة تنجزاً - فلا ينافي هذا^(٥)

له: أن مال المولى أحد الشبيين: الكتابة^(٦) أو القيمة. ففي الأقل يقين، وفي الأكثر شك، فيجب المتيقن، كالمريض إذا أعتق مكاتبه، ثم مات وعليه ديون، سعى المكاتب في الأقل من قيمته، ومن الكتابة^(٧).

لأبي يوسف: أنه لما أعتقه أحدهما بطلت الكتابة، وبقي إتلاف الرقة، فصار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما، دل عليه لو^(٨) قتله رجل عرم القيمة؛ دون الكتابة، كذا هذا.

(١) هي ك (رحلين) وفي ق (شريكين) بدل (ثنين) والمعنى واحد.

(٢) في ز، ك (أعتق) بدل (أعتقه) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ط (فإن) بدل (ثم إن) وتؤديان لمعنى واحد.

(٤) في ط زيادة (في نصف قيمته) وهي زيادة مطلوبة تبين مقدار سعي العبد عند أبي يوسف

(٥) في ز، ك، ق، ط (فلا ينافي هذا) بدل (فلا ينافي هذا) والتعبير بإحدى اللفظتين جائز، إذ المقصود بالأولى: لا يأتى هذا الخلاف، وبالثانية: فلا ينافي العتق الكتابة؛ لأن عند أبي حنيفة الشريك بالخيار بين التضمن والسعاية في نصف القيمة، والعتق، أو بين العتق، والسعاية إذا كان المعتق معسراً؛ لأنه بتعويضه نفسه انفسخت الكتابة فيكون حكمه حكم مشترك بين اثنين يعتقه أحدهما. (انظر المبسوط ج ٨ ص ٣٣، وفتح القدير ج ٨ ص ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩).

(٦) في ش، ط، زيادة (بدل الكتابة) وفي ز، ك، ق، زيادة (أما الكتابة) ولا يتغير المعنى بأي من هاتين الزيادتين.

(٧) في ط زيادة (بدل الكتابة) ولا يتغير المعنى بهذه الزيادة.

(٨) في ش، ز، ك، ق، ط زيادة (أنه لو) وهذه الزيادة تؤدي إلى استقامة العبارة.

باب ما تفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١٠٨٥- قال (أبوحنيفة): مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما لم تعتق حصة الساكن.
وعند أبي يوسف ومحمد: تعتق. واختلفا في ضمانه على ما مر^(١).

(١) وهذا مبنى على أن الكتاة تنجزاً عند أبي حنيفة: والعنق كذلك، وعند صاحبيه لا تنجزاً،
(انظر المسألة ١٠٨٤)، (وانظر المصنوع ج ٨ ص ٢٣، وفتح القدير ج ٨ ص ١٢٨).

باب ما قاله زهر خلافا لقول أصحابنا

١٠٨٦- قال (زهر): إذا كاتب عبده على ألف، وعلى خدمته أبداً، فسدت الكتابة، لأنه شرط بخلاف قضية العقد، فإن أدى الألف؛ عتق بحكم الشرط فإن كان الألف أقل من قيمته، يأخذ المولى^(١) منه تمام القيمة بالإجماع، لأن المقبوض بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة، وإن كان أكثر من القيمة^(٢)؛ يسترد المكاتب الفضل. وعندنا: لا يسترد^(٣).

له: ما ذكرنا أن العقد الفاسد يوجب ضمان القيمة، لا الأكثر، كالبيع^(٤). لنا: إن العتق ههنا حصل بحكم الشرط، وهو أداء الألف. فلو استرد شيئاً، بطل^(٥) بعض الشرط، فلا يعتق، بخلاف البيع؛ لأن معنى الشرط فيه من^(٦) غير مراعى.

١٠٨٧- قال (زهر): إذا كاتب عبيدين له، كتابة واحدة، على ألف، على أنهما إن أدبا عتقا، وإن^(٧) عجزا رداً في الرق. فأدى أحدهما حصته^(٨)، يعتق.

وعندنا: لا يعتق واحد منهما ما لم يصل كل بدل الكتابة إلى المولى^(٩).

(١) (المولى) سقط من ز والإثبات أفضل لتوضيح المعنى المراد.

(٢) في ز، ط، (قيمه) بدل (القيمة) والمعنى واحد.

(٣) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٤٨٢.

(٤) في ز زيادة (الفاسد) وذكرها وعدمه سواء.

(٥) في ط (يطل) بدل (يطل) والأسبب للعبارة التعبير بالفعل الماضي؛ لأن فعل الشرط فعل ماض.

(٦) (من) سقطت من ش، ح، ز، ط وسقطها أفضل لاستقامة العبارة.

(٧) في ق، ز، (فإذا) بدل (وإن) وتؤيدها إلى المعنى المراد.

(٨) في ش (نصيبه) بدل (حصته) والمعنى واحد.

(٩) انظر المسوط ج ٨ ص ١٤.

له: إن كل واحد منهما التزم حصة نفسه، لا حصة الآخر فبعثت بأداء حصته.

لنا: إنه^(١) علق عتقهما جميعاً بأداء كل بدل الكتانة، فلا يثبت شيء من الحكم، إلا بوجود كمال الشرط، ونظيره ما ذكرنا، فيمن قال لا مرأتين له: إن شئتما فأنتما طالقان. أو لعبدية: إن شئتما فأنتما حران، فشاءت إحداهما، أو شاء أحدهما، لا يقع الطلاق،، والعتق^(٢) خلافاً له^(٣).

(١) في ش (أن المولى) بدل (إنه) والأولى توضيح المراد بالضمير في الثانية.

(٢) في ك (العتق والطلاق) بدل (الطلاق والعتق) والمعنى واحد. وفي ز، ح، ق، ط زيادة (عندنا) وهي توضح أصحاب هذا القول.

(٣) انظر المسألة (٩٦٣).

كتاب الولايات^(١)

باب قول أبي حنيفة خلافا لصاحبيه

١٠٨٨- قال (أبو حنيفة): إذا والت المرأة الرجل على نفسها، وعلى ولدها الصغير، صح.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصح^(٢).

(٣) وعلى هذا: إذا أقرت بولائها لرجل، وفي يدها ولد صغير، لا يعرف أبوه، صار الولد مولى له عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصير مولاه^(٤).

لهما: أن الأم لا ولاية لها على مال الولد^(٥) الصغير، فكيف يكون لها ولاية على نفسه؟.

له: أن الولاية^(٦) بمنزلة النسب، فكان محض نفع^(٧) في حق الصغير، فتملك الأم إثباته، كقبول الهبة.

١٠٨٩- قال (أبو حنيفة): رجل أقر أنه مولى فلان، ولأه عتاقة، فقال فلان: أنت

(١) في ش (الولاء) بدل (الولايات) والمعنى واحد.

(٢) انظر المبسوط ج ٨ ص ٩٤، وحاشية ابن عابدين ج ٦ ص ١٢٧.

(٣) في ش، ح، ز، ك، ق، ط، أ زيادة (وعلى هذا: إذا والت رجلا ثم ولدت، يشب ولاؤه، للرجل عنه، خلافاً لهما) وهذه الزيادة مطلوبة إذ أنها أضافت حكماً جديداً مياً على هذه المسألة.

(٤) انظر المصدرين السابقين. وفي ش، ز، ح، ك، ط، أ (خلافاً لهما) بدل (وقد أبو يوسف ومحمد: لا يصير مولاه) والأولى أفضل؛ لأنها أفادت المعنى، باختصار.

(٥) (الولد) سقطت من ك، ش، ط، ولا يتأثر المعنى بسقوطها.

(٦) في ز، ك، ق، ط (الولاء) بدل (الولاية) وتؤيدان معنى واحداً.

(٧) في ش، ق (نفعاً محضاً) وفي ح، (محضاً نفع) وفي ز (نفع محض) بدل (محضر نفع) والأولى والأخيرة أنسب للعبارة، وأوفق لقواعد النحو.

مولاي ولاء الموالاة، فهو مولاه ولاء الموالاة^(١)، لتصادقهما على أصل
الولاء. وليس له أن يتحول بولاية عنه. وإن كان الموالاة يقبل الفسخ،
والنقل.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يثبت الولاء أصلاً، وله أن يوالي من شاء^(٢).
وكذلك إذا كذبه المقر له في الولاء أصلاً، ثم أقر بالولاء لآخر، لم يصح
عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يصح^(٣). ولو أقر بولاء الموالاة،
وادعى المقر له ولاء العتاقة، فهو مولاه، وله^(٤) أن يتحول عنه، ما لم يعقل
عنه؛ لأن ولاء العتاقة لم يثبت بمجرد دعواه^(٥).

لهما: أن إقراره بطل بتكذيب المقر له، فصار كأن لم يكن.
له: أنه أقر بما لا يحتمل النقص، فلزمه حكمه، ولا يبطل بعد ذلك، كمن
شهد على رجل بنسب، وردت شهادته لمعنى، ثم ادعى الشاهد نسبه؛ لم
يصح، كذا هذا.

وهذا نظير من أقر بنسب ولد أمته من فلان، وكذبه فلان، ثم ادعى نسبه
لنفسه، لم يصدق [عنده]^(٦)، خلافاً لهما. وقد عرف في موضعه^(٧).

(١) في ز، ك (فهو مولى موالاة) بدل (فهو مولاه ولاء الموالاة) والمعنى واحد. وقوله: (ولاء
الموالاة) سقطت ش، ط. والمعنى المراد لا يتم إلا بها، وذلك لبيان نوع الموالاة الثابتة.
(٢) من قوله (وقال أبو يوسف ومحمد . . . إلى . . . من شاء) سقط من ش، ز، ك والإثبات
أفضل لزيادة التفصيل وإيضاح المراد.

(٣) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ (خلافاً لهما) بدل (وقال أبو يوسف ومحمد: يصح)
والأولى أفادت المعنى باختصار.

(٤) في ش، ز، ك، ق (لكن له) بدل (وله) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٥) انظر المبسوط ج ٨ ص ١٢٠، ١٢١.

(٦) في الأصل (عنه) وهو وهم من النسخ.

(٧) في ط من قوله (وقال أبو يوسف ومحمد . . . إلى . . . وقد عرف في موضعه) يوجد خلط
وتقديم وحذف، وانظر المسائل ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٨، ١٠٥٦.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١٠٩٠- قال (أبيوسف): امرأة أعتقت عبداً، ثم ماتت، وترك ابنها، وأبنا، ثم مات العبد، فسدس الميراث للأب والباقي للابن^(١).

وقال أبوحنيفة ومحمد: كل الميراث للابن^(٢).

له: أن الأب مع البنت عصبة، فكذا مع الابن؛ لأنهما في درجة واحدة، إلا [أن]^(٣) مع الابن صار^(٤) صاحب فرض، لكن في حق الميت^(٥) عصبة، فيرث من المعتق.

لهما: أن أقرب العصباء الابن، فلا تظهر عصوبة الأب مع قيامة^(٦).

١٠٩١- قال (أبيوسف): الحربي إذا أعتق عبده الحربي في دار الحرب، وخلاه، عتق وولاه له.

وقال أبوحنيفة ومحمد: لا ولاء له. وله أن يوالي من شاء^(٧).

له: أنه أعتق من جهته، فيثبت ولاؤه له^(٨).

لهما: أنه عتق بالتخلى، لا بالإعتاق فصار كالمراغم.

١٠٩٢- قال (أبيوسف): المسلم إذا دخل دار الحرب، فاشتري عبداً حربياً، فاعتقه، ثم أسلم، فالقياس أن لا يعتق بدون التخلي؛ لأنه في دار الحرب لا

(١) في ط زيادة (عده) ولا أثر لها في المعنى.

(٢) انظر الأصل ج ٤ ص: ١٦٣، والمبسوط ج ٨ ص ٨٥. وكان أبو يوسف يقول بقول صاحبه أولاً، ثم رجع عنه إلى هذا القول.

(٣) سقطت من الأصل، ح، أ. والأفضل إثباتها لاستقامة العبارة.

(٤) (صار) سقطت من ط، والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٥) في ر (البنت) بدل (والميت) وتؤيدان إلى المعنى المراد، لأن الميت هنا هو البنت.

(٦) في ط. (قيام الامن) بدل (قيامه) والأولى أوضح.

(٧) انظر المبسوط ج ٧ ص ٩٢، والبدائع ج ٥ ص ٢٥٢٦.

(٨) في ز، ك زيادة (لقوله - فكذلك - : «الولاء لمن أعتق».) وهي زيادة من شأنها زيادة قوة

يجرى عليه أحكام المسلمين^(١)، ولا ولاء له عند أبي حنيفة ومحمد وهو القياس.

وقال أبو يوسف: له الولاء، وهو الاستحسان، وذكر قول محمد مع قول أبي يوسف في كتاب السير، وفرق محمد في تلك الرواية بين المسألتين^(٢) ووجه الفرق أن المسلم لا يصير ماله فيئاً، فصار إعتاقه في الدارين سواء، ذكر هذه الصورة في كتاب المكاتب.

وقال^(٣) في كتاب الولاء: مسلم دخل دار الحرب بأمان، أو حربي أسلم، ثم اشترى عبداً حربياً، وأعتقه، ثم أسلم العبد، لم يكن مولاه عند أبي حنيفة ومحمد - قياساً.

وقال أبو يوسف: هو مولاه استحساناً^(٤).

له: أن النبي - ﷺ - أعتق زيد بن حارثة، وأبو بكر أعتق صهيئاً وبلالاً بمكة^(٥) - وهي دار الحرب - وصاروا موالى.

ونحن نقول: كان ذلك قبل الأمر بالقتال، فلم تكن دار حرب^(٦).

الحجة، وهذا الحديث أخرجه الأئمة الستة، رواه البخاري في كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على العنبر في المسجد، ج ١ ص: ١٢٣، ومسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق حديث رقم ٥-١٥، ج ٢ ص ١١٤٣-١١٤٥.

(١) في ش، ح، ز، ك، ط (الإسلام) بدل (المسلمين) والأولى أنسب للمعنى، وفي ز، ك، ط زيادة (وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية؛ لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين) ولا داعي لهذه الزيادة، لمنع التكرار.

(٢) (بين المسألتين) سقطت من ط، والمعنى لا يكتمل بدونها.

(٣) (وقال) سقطت من ز، وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

(٤) انظر الأصل ج ٤ ص ٥٣، والميسوط ج ٨ ص ٥٩.

(٥) انظر الإصابة ج ١ ص ١٦٥، ٥٦٣، ج ٢ ص: ١٩٥.

(٦) في ش، ز، ق، ط (الحرب) بدل (حرب) والمعنى واحد.

كتاب الأيمان

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٠٩٣- قال: (أبو حنيفة): إذا قال الرجل، لله على المشي إلى الحرم.
أو قال: ^(١) المسجد الحرام، لا يلزمه شيء.
وقال أبو يوسف ومحمد: عليه حجة، أو عمرة ^(٢).
لهما: أنه لو قال: علي ^(٣) المشي إلى بيت الله تعالى، أو إلى ^(٤) الكعبة، أو
إلى مكة، يلزمه ذلك بالإجماع، فكذا هذا ^(٥)، إذ لا فرق بينهما.
له: أنه ليس في اللفظ ما يوجب حجة أو عمرة، إلا أن في موضع ^(٦)
الإجماع، ثبت ^(٧) بالنص ^(٨) والعرف.
أما النص: فما روى: أن أخت عقبة بن عامر ^(٩) نذرت أن تمشي إلى بيت

-
- (١) في ط زيادة (إلى) وهي توضيح المعنى.
(٢) انظر الجامع الصغير ص ٢٢٠، ٢٢١، والمبسوط ج ٨ ص ١٣٧، ١٣٨، ومختصر
الطحاوي ص ٣١٤، والبنية ج ٥ ص ٣١٥.
(٣) في ش، ق زيادة (لله علي) وهي توضيح المعنى.
(٤) (إلى) سقطت من ط. وإثباتها أفضل لاستقامة العبارة.
(٥) في ط (ها) بدل (هذا) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
(٦) في ش، ق، ط (مواضع) بدل (موضع) والأولى أفصل؛ لأن الإجماع المشار إليه في عدة
مواضع.
(٧) في ز، ق، زيادة (الوجوب) وهي توضيح المعنى.
(٨) (بالنص) سقطت من ز، ق، ط والصواب إثباتها، لبيان أن ثبوت هذا بالنص أيضًا.
(٩) هو عقبة بن عامر الجهني، لما ورد في صحيح مسلم أن عقبة بن عامر الجهني قال
نذرت أخني. الحديث. كتاب النذر باب من نذر أن يمشي إلى الكعبة، حديث رقم
١٢، ج ٣ ص ١٢٦٤ وهو صحابي مشهور، روى عن النبي - ﷺ - كثيرًا من
الأحاديث وكان كاتبًا، واحد من جمع القرآن، مات في خلافة معاوية. (الإصابة ج ٢
ص: ٤٨٩).

الله حافية^(١)، حاسرة^(٢)، فقال النبي - ﷺ -: «إن الله غني عن عناء أختك، قل لها: فلتركب، ولتحرّم بحجة، أو عمرة، ولتذبح شاة»^(٣). وأما العرف: فإن الناس تعارفوا^(٤) التزام الحج والعمرة بذلك^(٥) ولا عرف ههنا، وصار كلفظة الذهاب، والإتيان، والسعي والخروج.

١٠٩٤- قال (أبوحنيفة): لو قال: كل ثوب ألبسة^(٦) من غَزَلِك، فهو هدي^(٧)، فغزلت من قطن اشتراه بعد النذر، قُتِيحَ وَلِبْسُهُ يلزمه الهدى به. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه إلا أن يكون من قطن يملكه يوم اليمين^(٨).

لهما: أن النذر لا يصلح^(٩) إلا في الملك، أو مضافا إلى الملك^(١٠).

- (١) الحق هو المشى بغير خف ولا نعل. (لسان العرب ج ٤ ص ١٨٦).
- (٢) المرأة الحاسرة هي المكشوفة الرأس والذراعين. (لسان العرب ج ٤ ص ١٨٨).
- (٣) قوله (أما النص... إلى ... ولتذبح شاة) سقط من ش، ز، ط، وإثباته أفضل لمعرفة النص، والحديث رواه أبو داود بلفظ: «إن الله لغني عن مشي أختك، فلتركب ولتهدى بدقة». كتاب الأيمان والنذور، باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية، حديث رقم ٢٣٠٣، ج ٣ ص: ٢٣٥، ورواه الإمام أحمد بلفظ أبي داود، ج ٤ ص: ٢٠١، وقال الهيثمي: رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح. (مجمع الزوائد، ج ٤ ص: ١٨٩) ورواه البخاري بلفظ: «التمش ولتركب»، كتاب جزاء الصيد، باب من نذر المشي إلى الكعبة، ج ٢ ص: ٢٥، ومسلم بلفظ البخاري، كتاب النذر، باب من نذر أن يمشي إلى الكعبة، ج ٣ ص: ١٢٦٤، حديث رقم ١١، وابن الجارود، في المستقى باب ما جاء في النذور، حديث رقم ٩٣٦، ص: ٣١٣.
- (٤) في ط (يتعارفون) بدل (تعارفوا) وتؤديان إلى معنى واحد.
- (٥) في ز (بهذا اللفظ) وفي ط (بهذه اللفظة) بدل (بذلك) والمعنى معها واحد.
- (٦) في ش، ط (ألبسته) بدل (ألبسه) والثانية أنسب لسباق الكلام؛ لأنه قال (وليس) ولم يقل (وألبي).
- (٧) أي صدقة على فقراء مكة. (البنابة ج ٥ ص: ٣٢١).
- (٨) انظر الجامع الصغير ص ٢٢١، والبنابة ج ٥ ص: ٣٢١، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٥٦.
- (٩) في ط (لا يصح) بدل (لا يصلح) وتؤديان إلى المعنى المراد.
- (١٠) في زيادة (لقوله - ﷺ -: لا تفر فيما لا يملك ابن آدم) وهي زيادة تفوق الحجة، والحديث رواه النسائي عن عمران بن الحصين، أن النبي - ﷺ - قال: «لا تفر في معصية الله، ولا فيما لا يملك ابن آدم». كتاب الأيمان والنذور، باب النذر فيما لا يملك.

والغزل^(١) ليس سببا للملك.

له: أن المرأة تغزل من قطن زوجها عادة، فالإضافة إلى غزلها . إضافة إلى ملكه^(٢).

١٠٩٥- قال (أبوحنيفة): إذا حلف لا يأكل رأسًا، فهو على رهوس البقر، والغنم، مالم يثو غير ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: على رهوس الغنم خاصة^(٣)، بناء على اختلاف عرف زمان^(٤). فإن^(٥) في زمن أبي حنيفة كانوا يبيعون رهوس البقر والغنم في الأسواق. وفي زمنهما كانوا لا يبيعون إلا رهوس^(٦) الغنم، واجمعوا على^(٧) أنه لا يقع على رأس^(٨) الجوزر، لعدم العرف، إلا رواية عن أبي حنيفة، ولا على رأس^(٩) الطير، إلا أن ينويها.

١٠٩٦- قال (أبوحنيفة): إذا حلف لا يأكل من^(١٠) هذه الحنطة، فأكل خبزها، لا يحس، وإنما يحس إذا أكلها قضمًا.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحس في الحالين، وأنه ذكر في الجامع الصغير،

حديث رقم ٣٨١٢ ج ٧ ص ١٩، ورواه الإمام أحمد في مسنده، عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - ﷺ -: «لا تزر لابن آدم فيما لا يملك» ج ٢ ص: ١٩٠.

- (١) في ط زيادة (هنا) ولا أثر لهذه الزيادة.
- (٢) في ق (الملك) بدل (ملكه) والثانية أقوى في الدلالة على المعنى.
- (٣) انظر الجامع الصغير ص ٢٠٩، والمبسوط ج ٨ ص ١٧٨، والبنية ج ٥ ص ٢٤٢، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٠٤، وكان أبو حنيفة يقول: يتعقد أيضًا في حق رهوس الإبل، ثم رجع عن القول بانهقاده في حق رهوس الإبل.
- (٤) في ش (العرف والزمان) وفي ر، ح، ق، ط (عرف الزمان) بدل (عرف وزمان) وتؤدي إلى المعنى المراد.
- (٥) في ط (فهي) بدل (فهي) وتؤدي إلى المعنى المراد.
- (٦) في ش، ز، ق، ط (رأس) بدل (رهوس) والثانية أنسب؛ لأن (العم) جمع.
- (٧) (على) سقطت من ش، ح، ق، ط، أ. وإثباتها أفضل لاستقامة العبارة.
- (٨) في ز، ش، ق، ط (رهوس) بدل (رأس) وتؤديان إلى معنى واحد.
- (٩) انظر الفقرة السابقة.
- (١٠) (من) سقطت من ش، ق، ط ولا يثو المعنى بسقوطها.

إذا أكل من خبزها، حنث أيضًا^(١).

لهما: إن أكل الحنطة مجاز عن أكل ما يتخذ منها، وهو مجاز، متعارف،
فينصرف^(٢) إليه، إلا أنه إذا أكلها قضمًا يحنث أيضًا؛ لأنه مستعمل فيه
أيضًا، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان، فدخلها حافيًا، أو راكبًا -
يحنث.

له: أن الأكل قضمًا حقيقة مستعملة، وما ذكرناه مجاز، والصرف إلى
الحقيقة أولى من المجاز، والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز، وصار كما
لو^(٣) حلف لا يأكل هذه الشاة؛ لم يحنث بأكل لبنها، وسمنها. أو حلف لا
يأكل من هذا العنب، فأكل من عصيرة، أو زيبه^(٤).

١٠٩٧- قال (أبوحنيفة): إذا حلف لا يأكل فاكهة، فأكل عنبًا، أو رُمثًا، أو رُطبا -
لا يحنث.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث^(٥).

لهما: أن هذه الأشياء من جملة الفواكة، بل هي أنفس الفواكة.

له: [أنها]^(٦) ليست بفاكهة مطلقًا؛ لأن الله تعالى عطفها على الفاكهة،
لقوله^(٧) تعالى: ﴿فِيهَا فَكْكَةٌ * وَخَلٌّ وَرَقَانٌ﴾^(٨).

وعطف الفاكهة عليها، لقوله^(٩) تعالى ﴿فَأَبَيْنَا فِيهَا حَبًّا ﴿٧٧﴾ وَنَبَاتًا﴾. إلى قوله:

(١) من قوله (في الحالين ... إلى - حنث أيضًا) سقط من ش، ز، ط. والإثبات أفضل

لزيادة تفصيل الحكم. انظر الجامع الصغير ص: ٢٠٩، والمبسوط ج ٨ ص: ١٨١،

والبنية ج ٥ ص: ٢٣٧، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٠١، ٤٠٢.

(٢) في ز، ح، ط (فينصرف) بدل (ينصرف) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٣) في ش، ز، ق، ط (كما إذا) بدل (كما لو) المعنى واحد.

(٤) في ط (وزيبه) بدل (أو زيبه) والثانية أفضل؛ لأن المقام مقام تحيير، لا جمع

(٥) انظر الجامع الصغير ص: ٢٠٩، ٢١٠، والمبسوط ج ٨ ص: ١٧٩، والنهاية ج ٥ ص

٢٤٤، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٠٤.

(٦) في الأصل (أنه) والصحيح، (أنها) لدلالاتها على مؤنث وهو (الفاكهة).

(٧) في ش، ز، ح، (بقوله) بدل (لقوله) وتؤيدان إلى المعنى المراد

(٨) سورة الرحمن: ٦٨.

(٩) في ش، ز، ق، ط (في قوله) وفي ح، أ (بقوله) بدل (لقوله) والمعنى واحد.

﴿رُفِكَهَ وَأَنَا﴾^(١) والمعطوف غير المعطوف عليه، ولا يقال: أنه أمردها مع دخولها في الجملة الأولى، كقوله تعالى: ﴿وَرُفِكَهَ وَرُفِكَهَ﴾ •
 وَجَبِيلٌ^(٢) لأننا نقول أن هذا الأفراد للفضيلة، وليس لبعض المعطوفات مضيئة على البعض، ولأنه إذا جُفِّ لم يتناول الاسم، فلو كان فاكهة لم يتغير الاسم لحدوث الجفاف^(٣)، ولأن الفاكهة ما بعد للتفكه خاصة، وهذه الأشياء معدة للتغذي، والتداوي فكان معنى التفكه^(٤) قاصراً، فلا يحث ١٠٩٨- قال (أبوحنيفة): إذا حلفت المرأة أن^(٥) لا تتحلى، لم تحث باللؤلؤ وحده.

وقال أبو يوسف ومحمد: تحث^(٦).

لهما: قوله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُنَّ جِلَّةً تَلْبَسُونَهَا﴾^(٧)، وإنما تستخرج منه اللآلئ.

له: أنه لا يسمى خُلِيَاءً، ولا يتحلى به وحده - عرفاً - وأما الآية، قلنا: هي^(٨) مجاز، كما قال^(٩): ﴿لَحْمًا طَرِيًّا﴾ والسماك ليس بلحم حقيقة، فكذا^(١٠) هذا. من تلك المسألة ألا ترى أن الرجل يجوز أن يتخذ قَصًا

(١) سورة عبس: الآيات (٢٧، ٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١).

(٢) سورة البقرة: ٩٨.

(٣) قوله (والمعطوف غير المعطوف عليه... إلى ... لحدوث الجفاف) سقط من ش، ز، ط وإثباته أفضل لزيادة التفصيل والتوضيح.

(٤) في ز، ح، ق، ط زيادة (التفكه فيها) وهي توضح المعنى أكثر.

(٥) (أن) سقطت من ش، ط وإثباتها أفضل لاستقامة العبارة.

(٦) انظر الجامع الصغير ص ٢٢٢، ومختصر الطحاوي ص: ٣١٢، والبيان ج ٥ ص ٣٢٣، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٥٨.

(٧) سورة فاطر ١٢. وفي سورة النحل قال تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُنَّ مِنْهُ جِلَّةً تَلْبَسُونَهَا﴾ آية: ١٤.

(٨) في ش، ز، ق، (هو) بدل (هي) والتعبير باللفظين جائز.

(٩) في ط (كما في قوله تعالى في هذه الآية) بدل (كما قال) والأولى أفضل. لأنها أكثر تفصيلاً، وتشتمل على تمجيد الله سبحانه. والآية في سورة النحل: ١٤ ﴿يُطَاخَرُونَ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ وفي سورة فاطر: ١٢: ﴿وَمِنْ كُلِّ ثَلَاثُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾.

(١٠) في ط (مكذلك) بدل (فكذا) والمعنى واحد.

من اللؤلؤ، والياقوت، فلو كان خُلِيًّا لما جاز استعماله^(١) .
وقبل^(٢) اختلاف زمان^(٣)، كان لا يتحلى به وحده في زمانه، وفي زمانها
كان يتحلى به وحده .
١٠٩٩- قال (أبو حنيفة): إذا حلف لا يأكل شحمًا، فأكل شحم الظهر لا^(٤) يحث
عند أبي حنيفة^(٥) .
وقد أبو يوسف ومحمد: يحث^(٦) .

لهما: أن الله تعالى سماه شحمًا، لقوله تعالى: ﴿وَمِنَ الْبَقَرِ وَالنَّعَمِ
حَرَمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا﴾^(٧) . والاستثناء إنما يصح من
الجنس .

له: أنه سمي لحمًا، لا شحمًا، ومرفقه تسمى مرقة اللحم، فلم يكن شحمًا
مطلقًا، وأما الآية قلنا: هذا استثناء منقطع بمعنى (لكن)، كما في قوله
تعالى: ﴿لَا يَسْمُونَ فِيهَا لِقَاً إِلَّا سَلَامًا﴾^(٨) ثم تكلموا في [تفسير]^(٩) شحم
الظهر في المسألة^(١٠) . قال بعضهم: هو اللحم السمين الذي على الظهر،
وقول أبي حنيفة على هذا التفسير أظهر، وقال بعضهم هو شحم الكلية الذي

(١) من قوله (من تلك المسألة . . إلى . . لما جار استعماله) سقط من ش، ز، ط،
والإثبات أفضل لزيادة التفصيل .

(٢) في ط زيادة (هذا) وهي تؤدي إلى استقامة المعنى .

(٣) في ط زيادة (فإنه) وهي توضح المعنى أكثر .

(٤) في ز، ق، ط (لم) بدل (لا) والمعنى واحد .

(٥) (عند أبي حنيفة) سقطت من ط، وسقوطها أفضل؛ لأن الباب باب أبي حنيفة، فلا داعي
للتكرار .

(٦) انظر الجامع الصغير ص ٢٠٩، المبسوط ج ٨ ص ١٨٣، ومختصر الطحاوي ص ٣١٣
وذكر في المبسوط أن الطحاوي ذكر قول محمد مع قول أبي حنيفة، غير أنني وجدت في
المختصر قول محمد مع أبي يوسف . (انظر مختصر الطحاوي ص ٣١٣) .

(٧) سورة الأنعام: ١٤٦ .

(٨) سورة مريم: ٦٢ .

(٩) في الأصل (التفسير) والمعنى لا يستقيم بها .

(١٠) (في المسألة) سقطت من ش، ز، ق، ط، ولا يؤثر سقوطها في تمييز المعنى .

هو متصل بالظهر، وقولهما على هذا التفسير أظهر^(١).

١١٠٠- قال (أبوحنيفة): إذا حلف لا يشرب من الفرات، فشرب منه اغترافاً، لا يحنث مالم يشرب منه كرعاً^(٢).

وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث كيفما يشرب^(٣) من مائه^(٤). وهو نظير مالمو حلف لا يأكل من هذه الحنطة. بناء على أن عندهما: يتصرف اليمين إلى المجاز المتعارف، وهو الشرب من مائة - وصار كما لو حلف لا يشرب من هذا البئر.

وعنده: تنصرف إلى الحقيقة المستعملة - وهو الكرع - وصار كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز. فجعل ماءه في الكف. وشرب، بخلاف البئر، لأن الكرع مه غير ممكن، وغير معتاد.

١١٠١- قال (أبوحنيفة): إذ حلف لا يكلم فلاناً دهرًا، لا^(٥) أدري ما مقدار الدهر^(٦).

ولو قال: لا أكلمه الدهر، قيل عنده ينصرف إلى العمر كله. وروى بشر عن أبي يوسف: أن التعريف والتذكير عنده^(٧) سواء. وإنما توقف في تقديره^(٨)

(١) انظر تفسير القرطبي ج ٧ ص ١٢٥، ١٢٦، وزاد الميرج ٣ ص ١٤٢، ١٤٣.
(٢) والكرع: أن يتناول الماء بفيه من موضعه، من غير أن يشرب بفيه لا ياباه. (لسان العرب ج ٨ ص ٣٠٨ والمبسوط ج ٨ ص ١٨٧، والبنية ج ٥ ص: ٢٥٤، والأصل ج ٣ ص ٣١٩، وقال في الطلبة: «ولا يكون الكرع إلا بعد الخوض، فإنه من الكراع وهو من الإنسان ما دون الركبة» ص ١٤٩.

(٣) في ش، ز، ق، ط (شرب) بدل (يشرب) وتؤديان إلى المعنى المراد.
(٤) (انظر الجامع الكبير ص ٣٠، ومختصر الطحاوي ص ٣٢١، والمبسوط ج ٨ ص ١٨٧، والبنية ج ٥ ص ٢٥٤، والأصل ج ٣ ص ٣١٩، وفتح القدير ج ٤ ص ٤١١). وقد رجح الطحاوي قول أبي يوسف ومحمد.

(٥) في ش، ق، ط زيادة (قال: لا ...) ولا داعي لهذه الزيادة؛ لأن الكلام لا يزال لأبي حنيفة.

(٦) في ش، ط (ما مقداره) بدل (ما مقدار الدهر) والمعنى واحد.

(٧) في ز (عند أبي حنيفة) بدل (عنده) والأولى تبين المراد بالضمير فهي أفضل.

(٨) في ق (بتقديره) بدل (في تقديره) والثانية أنسب للمعنى.

بشيء^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد: هو ستة أشهر^(٢).

لهما: أنه كالحين والزمان عند الناس، يقال: لم أر فلاناً منذ حين، وزمان، ودهر، يفهم من الكل مقدار واحد، والحين والزمان، ستة أشهر [مكثاً الدهر]^(٣).

له: أنه لا نص عن أحد من أرباب اللغة في تقديره، فيجب التوقف فيه. وهذا دلالة جلال قدره في العلم، وكمال حالة في الورع^(٤) حيث [لم]^(٥) يقف ما ليس له به علم. وهذا بخلاف الحين والزمان، فإنه روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - في الحين: أنه ستة أشهر^(٦). عن ثعلب^(٧)، وابن الأعرابي^(٨): أن الزمان عند العرب ستة أشهر. ولأن الله تعالى جعل الحين بعض الدهر بقوله: ﴿حِينَ يَنْ أَلْدَهْرَ﴾^(٩)، فدل على اختلافهما^(١٠).

١١٠٢. قال (أبو حنيفة): لو حلف لا يكلم فلاناً أياماً، أو شهوراً، أو سنين، ولا نية

(١) قوله: (وإنما توقف في تقديره شيء) سقط من ز، ح، ط، وإثباتها أفضل لزيادة الفائدة.

(٢) انظر الجامع الصغير ص ٢١٦، ٢١٧، والمبسوط ج ٩ ص ١٦، ١٧ والبيان ج ٥ ص: ٢٧٩ - ٢٨١، وفتح القدير ج ٤ ص: ٤٢٨.

(٣) سقط ما بين القوسين من الأصل. وإثباتها يكمل المراد.

(٤) في زيادة (الفتح والورع) ولا أثر لها.

(٥) سقطت (لم) من الأصل والمعنى لا يصح بدونها.

(٦) رواه السيوطي عن علي بن أبي طالب وعكرمة، وأما ابن عباس فقد روي عنه أنه قال: الحين قد يكون عدوة وعشية. كتاب الأيمان، باب ما جاء فيمن حلف ليقضين حقه إلى حين أو إلى زمان. ج ١٠، ص ٦١، ٦٢.

(٧) هو أحمد بن يحيى بن زيد بن يسار، إمام الكوفيين في النحو واللغة، وتوفي سنة ٢٩١ هـ (وفيات الأعيان ج ١ ص ٣٠).

(٨) هو محمد بن زياد، عالم في اللغة، والأنساب، توفي بسامراء سنة ٢٣١ هـ. (وفيات الأعيان ج ١ ص ٤٩٢).

(٩) سورة الإنسان: ١.

(١٠) من قوله (ولأن الله .. إلى ... اختلافهما) سقط من ز، ش، ط. وإثباتها أفضل لتمام الفائدة.

له، فهو^(١) ثلاثة من ذلك^(٢)؛ لأنه أقل الجمع الصحيح^(٣). هذا^(٤) هو الصحيح، وهو مذكور^(٥) في الجامع الكبير^(٦)؛ لأن أدنى ما يعبر بالاسم عنه ثلاثة أيام.

وما زاد عليها يشترك فيه الشك، ولا لفظ يقتضيه، فوجب أن يحمل اليمين على المتحقق^(٧). وأن ذلك في الإيمان^(٨) النكرة وفي هذا سواء^(٩).

وفي المعرفة عنده^(١٠): إذا لم ينو شيئاً، فهو^(١١) على عشرة من ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: في الأيام سبعة. وفي الشهور اثنا عشر، وفي السنين جملة سنين العمر كلها^(١٢).

لهما: أن اللام لتعريف المعهود، والمعهود في الأيام. أيام الجمعة

(١) في ش (نهي) بدل (مهر) واللفظان جائزتان، وفي ق زيادة (على) ولا أثر لها.

(٢) في ق زيادة (كلمة) ولا أثر لها

(٣) في ط زيادة (ثلاثة) وهو تكرار لا داعي له.

(٤) (هذا) سقطت من ط. والعبارة لا تكمل بدونها

(٥) في ط (وذكر) بدل (وهو مذكور) والثانية أنسب للعبارة

(٦) انظر الجامع الكبير ص ٦٠.

(٧) من قوله: (وهو مذكور .. إلى ... على المتحقق) سقط من ش، ط، وإثباته أفضل لتمام العائدة وزيادة التفصيل.

(٨) في ز زيادة (في كتاب الإيمان) وهي زيادة صحيحة إذ المقام مقام نوثيق.

(٩) في ش، ح، ز، ق، ط، فإنه ذكر في الإيمان أن النكرة والمعرفة في هذا سواء) وفي أ (وإن ذكر في الإيمان النكرة في هذا سواء). والجملة الأولى أفضل في التعبير عن المراد لأن المراد أنه ذكر في كتاب الإيمان أن النكرة والمعرفة في هذا سواء وهو غير صحيح، والصحيح ما ذكر في الجامع الكبير، فإنه ذكر الخلاف فقط في التعريف. أما في التكرير فإنه قال: «ولو قال: إن كلمتك أياماً أو شهوژاً أو سنيناً، أو دهوژاً، أو جُمُعاً فهو على ثلاثة من هذا كله في قولهم». الجامع الكبير ص ٦٠.

(١٠) (عنده) سقطت من، ش، ز، ق، ط وعدم ذكرها أفضل؛ لأن هذا مفهوم من سياق الكلام.

(١١) في ش، ق، ط (فعنده) بدل (فهر) والثانية أنسب للمعنى.

(١٢) (كلها) سقطت من ط، وإثباتها أفضل لتأكيد المعنى. وانظر في تخريج المسألة (الجامع الكبير ٦٠، والمبسوط ج ٨ ص ١٧، والجامع الصغير ص ٢١٧، والبناء ج ٥ ص ٢٨١ - ٢٨٣. وفتح القدير ج ٤ ص ٤٢٩ - ٤٣٠).

والأسبوع^(١). وفي الشهور شهور السنة - وهي اثنا عشر. وأما السنون، فلا
معهود فيها، فينصرف إلى كل العمر.
له: أن أقصى ما ينتهي إليه اسم الأيام: عشرة: يقال: ثلاثة أيام، وأربعة
أيام إلى عشرة أيام، وما وراءها^(٢) يذكر باليوم. يقال: أحد عشر يومًا، إلى
مالا ينتهي^(٣)، فانصرف الاسم إلى ما يُنتهى إليه^(٤). والله أعلم.

-
- (١) في ط (والمعهود في الأيام الجمعة، وهي الأسبوع) بدل (والمعهود في الأيام، أيام الجمعة
والأسبوع) والأولى أنسب للمعنى.
(٢) في ش، ح، ق، ط، أ (وراءه) بدل (وراءها). والثانية أفضل؛ لأن المراد بالضمير
(العشرة) وهي لفظ مؤنث.
(٣) في ز، ق، ط (يتناهى) بدل (يُنْتَهَى) وتؤيدان إلى معنى واحد.
(٤) في ش، ح زيادة (وهو العشرة) وهي توضح المعنى.

باب قول أبي يوسف على خلاف صاحبيه

١١٠٣- قال (أبيوسف): إذا نذر بذبح الولد، لا^(١) يلزمه شيء - وهو قول الشافعي.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يلزمه ذبح شاة^(٢).

له أن هذا^(٣) نذر بالمعصية، فيقع باطلاً، لقوله - ﷺ - لا نذر في معصية الله تعالى^(٤).

لهما: أن الناذر بذبح الولد مأمور بذبح الولد، ولقوله تعالى: ﴿وَلْيُؤْتُوا ذُرِّيَّهُمْ﴾^(٥). فيلزمه ذبح الشاة بطريق الفداء، كما في قصة الخليل - عليه السلام - ووجه ذلك، أن صيانة أمر الله تعالى عن التعطيل واجب^(٦) بترميز موجه عليه. وللأمر موجبان: أحدهما: وجوب عين ما تناوله بطريق الابتداء والثاني: وجوب غير ما تناوله بطريق الفداء، كما في قصة الخليل. وههنا لم يجب عين ما تناوله، فيجب غير ما تناوله^(٧).

١١٠٤- قال (أبيوسف)^(٨): ولو قال: وحق الله، يكون يمينًا.

(١) في ز (لم) بدل (لا) ولمعنى واحد.

(٢) في ط (الشاة) بدل (شاة) والتذكير أنسب لهذا المقام. وانظر مختصر الطحاوي ص: ٣١٦، والمبسوط ج ٨ ص ١٣٩. والبدائع ج ٦ ص: ٢٨٦٩.

(٣) في ز، ط (أنه) بدل (أن هذا) والثانية أوضح في الدلالة على المعنى.

(٤) رواه مسلم، كتاب النذر، باب لا نذر في معصية الله، ولا فيما لا يملك العبد، حديث رقم ٨، ج ٣، ص ١٢٦٣. عن عمران بن الحصين مرفوعًا.

(٥) سورة الحج: ٢٩.

(٦) في ط (واجبة) بدل (واجب) والثانية أنسب المعنى.

(٧) قوله (بطريق الفداء ... إلى ... غير ما تناوله) سقط من ش وهو وهم من السامع؛ اشتبهت عليه (غير ما تناوله) والأولى مع الثانية.

(٨) (قال: أبو يوسف) سقطت من ش، ق، ط، والصحيح إثباتها ليبدأ صاحب الرأي في هذه المسألة.

وقال أبوحنيفة ومحمد: لا يكون يميناً^(١).
 له: أن حق الله، حقيقة^(٢) الله تعالى، وهو صفته، فصار كقوله: وعظمة الله.
 لهما: أنه يحتمل ما قلتم، ويحتمل الحق الذي [يلزم]^(٣). لله على عباده^(٤)، فلا يكون يميناً.
 ١١٠٥- قال (أبيوسف): إذا قال لغيره، أعتق عبدك عني، ولم يذكر البدل، فأعتقه؛ يقع العتق عن الأمر.
 وقال أبوحنيفة ومحمد: يقع عن المأمور^(٥).
 له: أنه لو أعتقه عنه ببدل يقع عنه، فكذا إذا أعتقه بغير بدل، وصار كقوله: أطعم عني عشرة مساكين.
 لهما: أن الملك بغير بدل يثبت بالهبة، والهبة لا تفيد الملك بدون^(٦) القبض، والقبض أمر حقيقي لا يمكن إثباته بمقتضى^(٧) الإعتاق، بخلاف الإعتاق ببدل، لأنه يقتضي البيع، والبيع بدون القبض يفيد الملك.

(١) ذكر في المبسوط أنه لو قال: وحق الله، فهو يمين في قول أبي حنيفة ومحمد وأحدى الروایتين عن أبي يوسف، وفي الرواية الأخرى عن أبي يوسف لا يكون يميناً، وذكر الطحاوي هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، ولم يذكر قول أبي حنيفة وأما في البناية، وفتح القدير والبدائع فقد ذكروا الخلاف كما أورده المصنف هنا، إلا أنهم ذكروا أن هناك قولاً آخر لأبي يوسف كقول صاحبه.
 انظر (المبسوط ج ٨ ص ١٢٤، ومختصر الطحاوي ص ٣٠٦، والبناية ج ٥ ص: ١٧٥، والبدائع ج ٤ ص ١٥٨١، وفتح القدير ج ٤ ص ٣٥٧، وتبيين الحقائق ج ٣ ص: ١١١).

- (٢) في ش، ز، ق، ط (حقة) بدل (حقيقة) والثانية أنسب لاستقامة المعنى.
 (٣) في الأصل (يلزم) وهو خطأ من الناسخ إذ المعنى يخل بها.
 (٤) في ط (العباد) بدل (عباده) والمعنى واحد.
 (٥) هذه المسألة ليست من كتاب الأيمان، ولكنها من كتاب العتق، والأولى أن تكون هناك.
 انظر المبسوط ج ٧ ص ١١، ج ٨ ص ٩٩.
 (٦) في ط (بغير) بدل (بدون) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
 (٧) في ش، ز، ط (مقتضى) بدل (بمقتضى) والثانية أنسب للمعنى.

وبخلاف^(١) الإطعام؛ لأن الفقير يصير قابضًا للأمر أولاً، ثم لنفسه، أما العبد لا يصير قابضًا قبل العتق.

١١٠٦- قال (أبويوسف): ولو قال: والله لا أدخل دار فلان، لا يحث إلا بدخول دار كانت في ملك فلان يوم اليمين، والحث جميعًا.

وقال أبوحنيفة ومحمد: يحث^(٢) بدخول دار يملكها بعدد اليمين^(٣).

له: أن أوهم الناس تقع على ما قلنا؛ لأن ملك الدار لا يستحدث عادة. لهما: أنه عقد يمينه على دار غير مشار إليها، فلا يختص بوجوده للمحال، كما في قوله: لا أكلم عبد فلان، وما ذكر من العادة غير مستمرة^(٤)، بل هي مشتركة.

١١٠٧- قال (أبويوسف) إذا قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار بغير إذني، فأنت طالق، فأذن لها من حيث لا تسمع - هو إذن^(٥).

(١) في ط (والبيع يقيد الملك بدون القبض، بخلاف الإطعام) بدل (والبيع بدون القبض بيد الملك، وبخلاف الإطعام). والمعنى واحد.

(٢) في ح (لا يثبت) بدل (يحث) والمعنى يستقيم مع الثانية.

(٣) قال في تبين الحقائق: «لو حلف لا يأكل طعام فلان أو لا يدخل داره، أولاً يلبس ثوبه، أو يركب دابته، أولاً يكلم عبده» إن أشار إلى الطعام ونحوه بأن قال: طعام زيد هذا - أي هذا الطعام - وزال ملك المحلوف عليه، ثم أكله الحالف؛ لا يحث، وفي أكل طعامه المتجدد بأن ملكه بعد اليمين، وإن لم يشر إليه بل أطلقه، بأن قال: لا أكل طعام زيد. فزال ما كان يملكه في ذلك الوقت عن ملكه، فأكله، لا يحث أيضًا، ولو تجدد ملك غير ذلك فأكله؛ يحث هنا؛ فحاصله أنه إن أشار إليه مع الإضافة فخرج عن ملكه؛ لم يحث بالفعل، وإن تجدد له ملك، لم يحث أيضًا، وإن لم يكن مشارًا إليه؛ يحث في ملكه مطلقًا، سواء كان موجودًا في ملكه عند اليمين، أو حدث بعده، أما إذا لم يشر إليه، فلا يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان، فلا يحث ما دامت الإضافة باقية، وإن كانت متجددة بعد اليمين، ولا يحث بعد زوالها لعدم شرط الحث، وعن أبي يوسف - رحمه الله - لا يحث في الملك المتجدد له في الدار - لأن الملك لا يتجدد فيها في أول ما يشتري، وآخر ما يباع؛ فتقيدت اليمين المضافة إلى الدار بالقائمة سها في ملكه وقت اليمين. وفي رواية عنه: تنقيد اليمين بالجميع في ملكه وقت الحلف؛ ج ٣ ص ١٣٨، ١٣٩ وانظر الدائع ج ٤ ص: ١٧٤٣.

(٤) في ز (غير ثابته) بدل (غير مستمرة) والمعنى واحد.

(٥) في ط (فهو إذن) بدل (هو إذن) والمعنى واحد.

وقال أبوحنيفة ومحمد: لم يكن إذناً^(١).

له: أن حكم هذا الإذن يختص بالحالف، فلا يشترط علم غيره، كالرضا.
لهما: أن الإذن من الأذن، وهو الإعلام، ولم يوجد، فصار كإذن العبد في
التجارة.

١١٠٨- قال (أبيوسف): لو حلف لا يأكل بسرًا، فأكل بسرًا مُذْنَبًا^(٢)، أو قال^(٣)
لا يأكل رُطْبًا، فأكل رُطْبًا مُذْنَبًا^(٤)؛ يحنث بالإجماع؛ لأنه أكل ما حلف
عليه، وهو الغالب^(٥). فإن حلف لا يأكل رُطْبًا، فأكل بسرًا مُذْنَبًا، أو حلف
لا^(٦) يأكل^(٧) بسرًا فأكل رُطْبًا فيه شيء من البسر^(٨)؛ لا يحنث عند أبي
يوسف.

وقال أبوحنيفة ومحمد: يحنث^(٩).

له: أن الاسم يقع على الغالب، والمقصود من الأكل هو الغالب، فلا يحنث
بالمغلوب.

لهما: أنه أكل ما حلف عليه غيره، وما حلف عليه مُعَايِنٌ غير مستهلك
لغيره^(١٠). وصار كما لو ميزها ثم أكل. وصار كالسمن في السويق، وهو
يرى.

(١) انظر الأصل ج ٣ ص: ٢٧٦، والمسوط ج ٨ ص ١٧٤، والدائع ج ٤ ص: ١٦٦٦.

(٢) قوله (فأكل بسرًا مُذْنَبًا) سقطت من ح، ز. والصحيح إثباتها لاكمال المعنى.

(٣) (قال) سقطت من ش، ح، ق، ط. ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٤) في ق، ز، ش زيادة (فيه شيء من البسر) بدل (مذنبًا)، وتؤدي إلى معنى واحد.

(٥) قوله (لأنه أكل ما حلف عليه وهو الغالب) سقط من ش، ط. والإثبات أفضل لإيضاح
المعنى.

(٦) في ط، ق زيادة (أن لا) وهو تؤكد المعنى.

(٧) في ز (أولا يأكل) بدل (أو حلف لا يأكل) والثانية أفضل؛ لأنها أكثر وضوحًا.

(٨) في ش، ز، ط (رُطْبًا مُذْنَبًا) بدل (رُطْبًا فيه شيء من البسر) والمعنى واحد.

(٩) انظر الجامع الصغير ص ٢١٠، والمسوط ج ٨ ص ١٩٤، والبنية ج ٥ ص ٢٣٠، وفتح
القدير ج ٤ ص ٣٩٧، ٣٩٨.

(١٠) في ش، ح، ق، ط، أ (بغيره) بدل (لغيره) والأولى تناسب المعنى.

١١٠٩- قال (أبيوسف): ولو قال: والله لأشربن الماء الذي^(١) في هذا الكوز^(٢) اليوم، فصب الماء قبل مضي اليوم، سقطت^(٣) اليمين عند أبي حنيفة ومحمد^(٤). وعند أبي يوسف: لا تسقط ويحتمل إذا مضي اليوم. وعلى هذا الخلاف مسائل: منها:

إذا حلف ليأكلن هذا الطعام اليوم، فأكله غيره قبل مضي اليوم. ومنها: إذا حلف ليقتلن اليوم فلانًا فمات^(٥).

ومنها: إذا قال: لأقضيبن حقه اليوم، فسقط حقه^(٦) بالإبراء ونحوه. أو مات أحدهما في اليوم.

ومنها: إذا حلف ليقتلن فلانًا، وقد كان مات - وهو لا يعلم بموته. ومنها: إذا قال^(٧): إن رأيت فلانًا فلم أعلمك، فعبدني حرًا، فرآه مع الرجل، [فلم يعلمه]^(٨). أصله: أن تصور البر هل هو شرط لانعقاد اليمين، وبقائها^(٩).

عند أبي حنيفة ومحمد: شرط.

وعند أبي يوسف: ليس بشرط^(١٠).

-
- (١) في ز زيادة (الذي هو) ولا أثر لها
- (٢) الكوز إناء، وهو مشتق من الكوز، وهو الجمع، وجمعه أكواز، (لسان العرب ج ٥ ص ٤٠٢).
- (٣) في ش (سقط) بدل (سقطت) والثانية أفضل لدلائها على لفظ مؤنث، وهو اليمين.
- (٤) في ز، ش، ح، ق، ط، أ، زيادة (حتى لو مضي اليوم لا يحتمل) وهي زيادة توضح المعنى أكثر.
- (٥) في ز زيادة (فمات قبل مضي اليوم) وهي زيادة توضح أكثر.
- (٦) في ط (عه) بدل (حقه) والثانية أنسب للمعنى.
- (٧) في ز (حلف) بدل (قال) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
- (٨) سقط من الأصل، ز، ق، ط، أ وإثباتها يكمل المعنى ويوضحه.
- (٩) في ش، ز، ق، ط (بقائه) بدل (بقائها) والثانية أفضل؛ لأنها على لفظ مؤنث وهو اليمين.
- (١٠) في ز، ح، ق، ط (لا) بدل (ليس بشرط) وتؤيدان إلى معنى واحد. وانظر الجامع الصغير ص ٢١٠، ٢١١. والمسحوط ج ٩ ص ٦، ٧، والبنية ج ٥ ص ٢٥٦، ٢٥٨. وفتح القدير ج ٣ ص ٤١٣، ٤١٤، والبدائع ج ٤ ص ١٥٩١، ١٥٩٢، ١٦٦٦.

له: أن اليمين قد تنعقد على مالا يتصور عادة، كما في قوله: والله لأمننَّ السماء، أو لأحولن هذا الحجر ذهبًا، فينعقد على مالا يتصور حقيقة، لأنهما في عدم إمكان البر على السواء^(١) والفقه فيه، أن الكفارة حكم اليمين، كما أن وجوب الر حكم اليمين، فينعقد لأحدهما، أيهما كان^(٢).
لهما: أن الحكم الأصلي لليمين، وجوب البر، والكفارة خلف عنه، فإذا لم ينعقد الأصل^(٣) - لعدم تصوره - لا ينعقد للخلف^(٤). بخلاف ما ذكر؛ لأن متصور^(٥)، إلا أنه عجز، فيحنت للحال.

(١) في ش، ز، ط (سواء) بدل (على السواء) والمعنى واحد.

(٢) (قوله) (أيهما كان) سقط من ش، ز، ط. ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٣) في ش، ط (للأصل) بدل (الأصل) والثانية أنسب للمعنى.

(٤) في ش، ط (الخلف) بدل (للخلف) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) في ز زيادة (في الجملة) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١١١٠. قال (محمد): إذا نذر بذبح عبده، يلزمه ذبح شاة^(١)، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يلزمه شيء^(٢).
- له: أنه لو نذر بذبح الولد، تلزمه^(٣)؛ فكذا العبد^(٤)، لأن له ولاية على كل واحد منهما.
- لهما: أن الشرع جعل الشاة فداء عن الولد، والعبد ليس في معناه؛ لأن شفقة الإنسان على عبده، لا تكون مثل شفقة على ولده، والتقرب بالنذر بذبح الولد، لا يكون مثل التقرب بذبح العبد^(٥).
١١١١. قال (محمد): إذا كان عليه كفارة يمينين، فأطعم عشرة مساكين، كل مسكين صاعاً كاملاً، عنهما جميعاً - جاز.
- وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يكون عن أحدهما^(٦).
- له: أنه أكمل عدد واحد^(٧) من الواجبين، والمسكين الواحد يصلح مصرفاً لهما جميعاً، فصار ككفارتين من حسنين مختلفين.

(١) في ش، ق (الشاة) بدل (شاة) والثانية أفضل؛ لأنها نكرة، وهو لا يلزمه ذبح شاة بعينها.

(٢) انظر المبسوط ج ٨ ص ١٤٢، ومختصر الطحاوي ص ٣١٦، والبدائع ج ٦ ص ٢٨٧١.

(٣) في ز زيادة (تلزمه الشاة) وهذه الزيادة توضح المعنى.

(٤) في ز (هذا) بدل (العبد) والثانية أوضح. وفي ق زيادة (بذبح العبد).

(٥) في ط (بذبح العبد لا يكون مثل التقرب بالنذر بذبح الولد) وفي ق (والقرب بالنذر بذبح

العبد، لا يكون مثل التقرب بالنذر بذبح الولد) بدل (والقرب بالنذر بذبح الولد لا يكون

مثل التقرب بذبح العبد) والمعنى واحد.

(٦) انظر الأصل ج ٣ ص ٢١٧، والمبسوط ج ٨ ص ١٥٢، ١٥٦. وتبيين الحقائق ج ٣ ص

١٣، والسنينة ج ٤ ص ٧٢٣، والجامع الصغير ص ١٨٢، ١٨٣. وقال رمر: لا يحرى

عهما، ولا عن أحدهما. (انظر المسألة ١١٣٥).

(٧) في ط زيادة (منهما) ولا معنى لها.

لهما: أن نية التعمين والتمييز في الجنس الواحد باطل^(١)؛ لأنه^(٢) لا يفيد.
وإذا بطل التمييز، بقي نية نطلق التكفير، والصاع الكامل يصلح إبطه.
مسكين واحد بطريق الإحسان. فيقع عن كل^(٣) واحد، بخلاف ما إذا اختلف
الجنس؛ لأن التميز^(٤) مفيد.

١١١٢- قال (محمد) إذا قال رجل^(٥): عبدي حر، إن لم أحج العام، فشهد
شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة. وهو يقول: حججت؛ عتق عبده.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يعتق^(٦). وذكر في كتاب التقريب للقدوري^(٧)
قول أبي يوسف مع قول محمد^(٨).

له: أنهما شهدا على الإثبات لفظاً ومعنى، فاللفظ^(٩): قوله (ضحى).
والمعنى: ثبوت العتق؛ فيقبل.

لهما: أنها^(١٠) شهادة^(١١) على النفي في الحقيقة، وهو أنه لم يحج، ثم

(١) في ز (باطلة) بدل (باطل) والأولى أفضل لدلائنها على لفظ مؤنث وهو (النية).

(٢) في ز (لأنها) بدل (لأنه) والأولى أفضل لدلائنها على لفظ مؤنث وهو (النية).

(٣) (كل) سقطت من ز، ط، وسقطها أفضل لاستقامة المعنى.

(٤) في ز، ش، ح، ط، أ (التمييز) بدل (التمييز) والأولى أنسب للمعنى.

(٥) في ط (الرجل) بدل (رجل) والمعنى واحد.

(٦) في ش، ز، ق، ط (وقال أبو حنيفة: لا يعتق. ولم يذكر في الجامع الصغير قول أبي

يوسف) بدل (وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يعتق). والأولى أكثر دقة من الثانية؛ لأن في

ظاهر الرواية لم يذكر قول أبي يوسف. وإنما ذكر في غير ظاهر الرواية. (انظر الجامع

الصغير ص ٢٢١، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٥٣، والبنية ج ٥ ص ٣١٦).

(٧) هو أحمد بن محمد بن أحمد القدوري - بضم القاف والذال. صاحب المختصر، انتهت

إليه رئاسة الحنفية في زمانه، توفي سنة ٤٢٨ هـ. وكتابه التقريب هذا في المسائل الخلافية

بين أبي حنيفة وأصحابه مجرداً عن الدلائل، وصنف التقريب الثاني فذكر المسائل مأدئها

(الموائد البهية ص ٣١).

(٨) من قوله (وذكر في كتاب التقريب ... إلى ... مع قول محمد) سقط من ش، ز وإثباته

أفضل لعموم العائدة.

(٩) في ش، ق (أما اللفظ) بدل (فاللفظ) والمعنى واحد. قوله (فاللفظ) سقط من ز، وإثباته

أفضل لاستقامة المعنى.

(١٠) في ز (أن هذه) بدل (أنها) والمعنى واحد.

(١١) في ط (أنهما شهدا) بدل (أنها شهادة) والمعنى واحد.

العتق يثبت به، والشهادة على النفي غير مقبولة.

١١١٣- قال (محمد): إذا حلف لا يدخل دار فلان هذه. أو لا يكلم عبد فلان هذا. أو لا يركب دابة فلان^(١). هذه، أو لا يلبس ثوبه هذا، فباع فلان ذلك، ففعل - حث.

وقال أبوحنيفة وأبو يوسف: لا يحث^(٢).

له: أنه جمع بين الإضافة والإشارة^(٣) والإشارة، أبلغ في التعريف، فاعتباره أولى. والمشار إليه قائم؛ فيحث، كما في صديق فلان هذا^(٤). أو روجة فلان هذه^(٥). فزالت الصداقة والزوجة.

لهما: أن العبد لا يُعَادَى لِنَفْسِهِ ظاهراً، والكلام في الدابة والثوب أظهر، فكان الداعي إلي اليقين كونه ملكاً للمالك، فنعتقد اليقين بكونه ملكاً له. فكانت^(٦) الإضافة لتقييد اليقين به. لا للتعريف، بخلاف الصديق والزوجة^(٧)؛ لأنه يُعَادَى لِنَفْسِهِ^(٨).

١١١٤- قال (محمد): إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة، فأكل من سويقها^(٩) - حث.

وقال أبوحنيفة وأبو يوسف: لا يحث^(١٠). فحمد مر على

(١) في ز، ح، ط، أ (دابته) بدل (دابة فلان) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٢) انظر الأصل ج ٣ ص ٢٦٧، والجامع الصغير ص ٢١٨، والبدائع ج ٤ ص ١٧٤٤، ١٧٤٥. وتبين الحقائق ج ٣ ص ١٣٩، والمصالة (١١٠٦).

(٣) في ط (الإشارة والإضافة) بدل (الإضافة والإشارة) والمعنى واحد.

(٤) (هذا) سقطت من ش، ق، ط، وإثباتها أفضل؛ لأن سياق الكلام هنا الجمع بين الإضافة والإشارة.

(٥) (هذه) سقطت من ش، ق، ط. وانظر الفقرة السابقة.

(٦) في ط (فكان) بدل (فكانت) والصحيح الثانية؛ لدلائل على لفظ مؤنث وهو الإضافة.

(٧) في ش، ز، ق، ط (بخلاف صديق فلان وزوجة فلان) بدل (بخلاف الصديق والروحة) والمعنى واحد.

(٨) في ز زيادة (ظاهراً) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٩) هو الحنطة تُقْلَى أو تُغْلَى بالسمن أو الماء ثم تؤكل أو تشرب. (انظر الباية ج ٥ ص ٢٣٨، البدائع ج ٤ ص ١٧٠٢، شرح الزرقاني على الموطأ ج ١ ص ٥٨).

(١٠) وفي هذا تفصيل: وهو أنه إذا نوى أن يأكلها حباً فإنه لا يحث في قولهم حبباً. وأما إذا

أصله^(١): أن اليمين يقع على ما يصطنع^(٢) منها. ولهذا لو أكل من خبزها يحث.

وأبو حنيفة مر على أصله^(٣): أنه^(٤) يقع على عينها، وأنه لو أكل من خبزها - لا يحث.

وأبيوسف يقول: اليمين تنصرف إلى ما يسبق إلى الوهم^(٥) - وهو ما يصنع^(٦) منها للأكل - عرفًا - والسويق ليس كذلك؛ لأنه^(٧) يتناول ما يشرب^(٨).

١١١٥- قل (محمد): إذا حلف لا يأكل إدامًا، ولا نية له، فهو على شيء يؤكل مع الخبز غالبًا، فيدخل^(٩) اللحم، والبيض، والجبن. وقال أبو حنيفة وأبيوسف: هو^(١٠) ما يؤكل مع الخبز مختلطًا به، كالخل، والزيت، واللبن، ولا يتناول اللحم، والبيض، والجبن^(١١).

لم ينو فإنه لا يحث عند أبي حنيفة إذا أكل من خبزها، أو سويقها، وعند أبي يوسف يحث بأكل الخبز، ولا يحث بأكل السويق. وعند محمد يحث: بأكلها. (انظر الأصل ج ٣ ص ٢٩٧، والمبسوط ج ٨ ص ١٨١. ونبين الحقائق ج ٣ ص ١٢٩، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٠٢، والبدائع ج ٤ ص ١٧٠٣).

- (١) انظر المسألة (١٠٩٦).
- (٢) في ش، ز، ح، ق، ط (يصنع) بدل (يصطنع) والأولى تؤدي إلى المعنى بوضوح.
- (٣) انظر المسألة (١٠٩٦).
- (٤) في ز (أن اليمين) بدل (أنه) والأولى توضح المراد بالصير في الثانية.
- (٥) في ط (الفهم) بدل (الوهم) والأولى أنسب للمعنى.
- (٦) في ش (يصنع) بد (ما يصنع) والثانية أسب لاستقامة المعنى.
- (٧) في ز زيادة (قد) وهي تفيد التقليل، والصحيح أن السويق يشرب أكثر مما يؤكل؛ لورود هذا في الحديث الشريف. في النسائي «شربت شربة سويق» وفي مسند الإمام أحمد (فدعت له بسويق فشرب). وفي أبي داود «سقته قدحًا من سويق». وفي البخاري: «سقاني سويقًا وأطعمني تمرًا».

- (٨) في ش، ر، ق، ط (فيما يشرب) بدل (ما يشرب) والثانية أنسب لاستقامة العبارة.
- (٩) في ط زيادة (فيه) وهي توضح المعنى أكثر.
- (١٠) في ح، أ زيادة (على كل) وفي ق زيادة (كل) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
- (١١) ولا يي يوسف قول آخر مثل قول محمد. (انظر الأصل ج ٣ ص ٢٨٥، والمبسوط ج ٨ ص ١٧٧، والبدائع ج ٤ ص ١٦٩٤، والنباتة ج ٥ ص ٢٤٧، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٠٦).

له . قوله - ﷺ - : «سيد إدام أهل الجنة اللحم»^(١) ولأنه يؤتدم بهذه الأشياء عرفاً .
لهما : أنه مأخوذ من الموائمة ، وهي الموافقة ، والوصلة^(٢) .

يقال : إدام^(٣) الله بينكما أى ألف ووصل ، وهذا لا يتحقق إلا بالاختلاط ،
ولأنه إذا لم يحتلط بالخبز ولا يصير^(٤) تبعاً له ، لا يكون بأن جعل هو إداما
للخبز ، أولى من أن يحمل الخبز^(٥) إداماً له . أما الحديث^(٦) ورد في إدام
أهل الجنة ، فلا كلام فيه .

١١١٦ - قال (محمد) إذا حلف لا يركب دابة فلان ، فركب دابة عبده^(٧) - حث ،
نوى أو لم ينو ، كان عليه دين مستغرق أو لم يكن .

وقال أبوحنيفة وأبيوسف : لا بحث مطلقاً^(٨) ، ولكن بينهما خلاف من وجه
آخر نذكره في باب ماتفرد^(٩) كل واحد من أصحابنا الثلاثة رحمهم الله
فيه بقول على حدة^(١٠) .

(١) رواه الطبراني في الأوسط عن بريدة قال : قال رسول الله ﷺ : سيد الإدام في الدنيا
والآخرة اللحم . وقال الهيثمي : وفيه سعيد بن عبة القطان ، ولم أعرفه ، وبقية رجاله
ثقات ، وفي بعضهم كلام لا يضر . ج ٥ ص ٣٥ . ورواه بلفظ : «سيد طعام أهل الدنيا
وأهل الجنة ، اللحم» كتاب الأطعمة ، باب اللحم . ج ٢ ص ١٠٩٩ .

(٢) في ز ، ق (المواصلة) بدل (الواصل) والأولى أسب لسياق الكلام .

(٣) في ز ، ق ، أ (إدم) بدل (إدام) ، والأولى هي الصواب ، لأنها مشتقة من الأدمة أي الخلطة
والموافقة . (لسان العرب ج ١٢ ص ٨) .

(٤) في ز (يكون) بدل (يصير) والمعنى واحد .

(٥) قوله (إداماً للخبز ، أولى من أن يجعل الخبز) سقط من ز ، والإثبات أفضل للتفصيل ،
ولم يعمد القائده ، والعبارة فيها خلل في التركيب والأفضل أن تكون : (ولأنه إذا لم يحتلط
بالخبز لا يكون تبعاً له ولأن يجعل هو إداماً للخبز أولى من أن يجعل الخبز إداماً له)

(٦) في ط (والحديث) بدل (وأما الحديث) وتؤديان إلى المعنى المراد .

(٧) في ز زيادة (المأذون له) وفي ق ، ط زيادة (المأذون) وإثباتها أفضل ، لأن المدد المأذون
هو الذي يملك ، ومن الممكن أنه يصير عليه دين ومدار المسألة على المأذون .

(٨) انظر الجامع الصغير ، وشرحه النافع الكبير ص ٢١٤ ، والأصل ج ٣ ص ٣٥٦ ، والمبسوط
ج ٩ ص ١٣ ، ١٤ .

(٩) في ط زيادة (فيه) ولا أثر لهذه الزيادة .

(١٠) (بقول على حدة) سقطت من ق ، وإثباتها أفضل لإكمال العبارة . (انظر المسألة ١١٣٠) .

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول أبي يوسف ولا قول لمحمد فيه

١١١٧- قال (أبو حنيفة): إذا قال: ووجه الله، لا يكون يمينًا وهو رواية الحسن عنه^(١).

وقال أبو يوسف: يكون يمينًا^(٢).

له: أن وجه الله تعالى: عبارة عن ذات الله تعالى.

قال الله تعالى: ﴿وَرَبِّيَ وَجْهُ رَبِّكَ﴾^(٣). وقال الله تعالى ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ﴾^(٤) فصار يمينًا بالله تعالى.

لأبي حنيفة: أنه قد يراد به غير ذات الله تعالى. وصفته. ويقال: فعل ذلك^(٥) لا بتغاء وجه الله تعالى - أي ثوابه فلا يكون^(٦) يمينًا بالشك؛ لأنه لا يتعارف اليمين به^(٧).

(١) قوله (وهو رواية الحسن عنه) سقط من ش، ز، ط، والصحيح الإثبات؛ لأن هذه الرواية من أبي حنيفة رواها الحسن بن أبي زياد فعلاً. (انظر المبسوط ج ٨ ص ١٣٣، والدائع ج ٤ ص ١٥٩٨٠).

(٢) وذكر في المبسوط قول محمد مع قول أبي يوسف. (انظر المصادر السابقة، تبين الحقائق ج ٣ ص ١١١).

(٣) سورة الرحمن: ٢٧.

(٤) سورة القصص: ٨٨.

(٥) في ش زيادة (علان) ولا أثر لها.

(٦) (يكون) سقطت من ش، والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٧) قوله: (لأنه لا يتعارف اليمين به) سقط من ش، ط وإثباته أفضل؛ لبيان سبب عدم كونه يمينًا بالشك.

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول محمد ولا قول لأبي يوسف فيه

١١١٨- قال (أبو حنيفة): إذا حلف لا يكلم صديق فلان هذا، أو زوجة فلان هذه، فكلمهما بعد زوال الصداقة، والزوجية، يحنث بالإجماع، لأن هذه معا يُعَادَى لعينه^(١)، فصار ذكر النسبة للتعريف، كذكر الإشارة، فاتحد المراد بين النسبة والإشارة^(٢). أما إذا أطلق^(٣)؛ لم^(٤) يحنث، كذا ذكر في الجامع الصغير، [وقال في الزيادات: يحنث. قالوا ما ذكر في الزيادات قول محمد. وما ذكر في الجامع الصغير]^(٥) قول أبي حنيفة^(٦).
لمحمد: أن الإضافة ههنا للتعريف، والمقصود هو المضاف إليه^(٧).
وهو قائم.

لأبي حنيفة: أن الإنسان قد يُعَادَى لنفسه، وقد يُعَادَى لصديقه، وزوجته،

(١) في ح (بعينه) بدل (لعينه) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) من قوله (يحنث بالإجماع) ... إلى ... والإشارة) سقط من ش. وعدم ذكرها يؤدي إلى الإحلال بالحكم إذا الحكم هنا متعلق بالإطلاق، أما إذا لم يطلق فلا خلاف

(٣) من قوله (يحنث بالإجماع) ... إلى ... إذا أطلق). سقط من ز، ط، (انظر المفردة السابقة

(٤) في ط (لا) بدل (لم) والمعنى واحد.

(٥) ما بين القوسين سقط من الأصل. وهو وهم من الناسخ حيث اشتبهت عليه لقطه (الجمع الصغير) الأولى مع الثانية.

(٦) انظر الجامع الصغير ص ٢١٦. وأيضاً شرحه النافع الكبير على هامشه. وتبين الحقائق ج ٣ ص ١٣٩، والبدايع ج ٥ ص ١٧٤٤. وذكر في تبين الحقائق والبدايع قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة.

(٧) (إليه) سقطت من ر، ط، وإسقاطها هو الصحيح؛ لأن عند محمد - بعينه وقعت على الموجود وقت الحلف، محصل تعريف الموحود بالإضافة فيتعلق الحكم بالمعروف لا بالإضافة. (انظر الدتج ج ٥ ص ١٧٤٤).

فيحتمل أن المقصود به فلان، ويحتمل به^(١) المضاف إليه، فلا يحسن بالثبوت.

١١١٩- قال (أبوحنيفة): ولو قال: لله على أن أنحر نفسي لا يلزمه شي - وهو رواية الحسن عنه^(٢).

وقال محمد: يلزمه ذبح الشاة^(٣).

له: أن هذا^(٤) مثل النذر بذبح الولد^(٥).

لأبي حنيفة: أن النص ورد في الولد، وهذا ليس في معناه، في حق الرضا بفوات الحياة.

(١) في ش (أنه) بدل (به) والأولى أنسب للمعنى. في ط زيادة (ويحتمل أن المقصود به) وهي زيادة تؤدي إلى استقامة العبارة.

(٢) (وهو رواية الحسن عنه) سقطت من ش، ط. وإثباتها أصل لمعرفة راوي هذه المسألة عن أبي حنيفة.

(٣) انظر مختصر الطحاوي ص ٣١٦ (الهامش). وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص: ٧٣٩ والبدائع ج ٦ ص ٢٨٧٠. والمسألين (١١٠٣، ١١١٠).

(٤) في ش، ح، ز، ق، ط (أنه) بدل (أن هذا) والمعنى واحد. ومن (أ) سقطت لفظه (هذا) والمعنى لا يستقيم إلا بها.

(٥) انظر المسألة (١١١٠).

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد، ولا قول لأبي حنيفة فيه

١١٢٠. قال (أبيوسف): إذا قال^(١): إن أكلت اليوم إلا رغيفاً، فعبدي حر، فأكله بما هو إدام، لا يحنت بالاتفاق^(٢)؛ لأنه للرغيف. ولو أكل الخبز باللحم^(٣) لا يحنت عند أبي يوسف.

وقال محمد: يحنت. ذكره في الجامع الكبير^(٤).

لمحمد: أن هذا وإن كان إداماً عندي، لكنه يؤكل مقصوداً فلا يصير ههنا تبناً للخبز بالشك، فيحنت، لكن يحنت في يمين الإدام.
لأبي يوسف: أنه إدام من وجه، لأنه قد يؤكل تبناً^(٥). وقد يؤكل وحده، فلا يحنت في المسألتين جميعاً، أعني هذه المسألة.

وأما^(٦) إذا حلف لا يأكل إداماً، فأكل أحد هذه الأشياء الثلاثة؛ حنت عند محمد، وكان إداماً عنده.

وقال أبو يوسف: لا يحنت بها، وليس بإدام. الإدام ما يؤكل مع الخبز مختلطاً به^(٧).

(١) هي ق زيادة (الرجل) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٢) هي ش (الاتفاق لا يحنت) بدل (لا يحنت بالاتفاق) والمعنى واحد

(٣) في ش، ر، ح، ق (لو أكله بالخبز أو باللحم). وفي ط (ولو أكل الخبز أو باللحم) بدل (ولو أكل الخبز باللحم) والمعنى واحد.

(٤) انظر الجامع الكبير ص ٦٣. والمختلف بين الأصحاب الورقة ٧٧.

(٥) في ش زيادة (للخبز) وهي توضح المعنى أكثر.

(٦) في ز، ق (وفيها) وفي ح، ط، أ (وما) بدل (وأما) والأولى والثانية أنسب للمعنى مع سقوط الجملة في الفقرة التالية، والثالثة أنسب مع إثباتها.

(٧) من قوله (فأكل أحد هذه الأشياء ... إلى ... مختلطاً به) سقط من ز، ش، ح، ق، ط، أ. وإثباتها أفضل لزيادة التفصيل.

١١٢١- قال (أبويوسف) (في الجامع الكبير): إذا قال: كل مملوك أملكه غداً هو حر؛ لا يعتق، إلا ما يستحدث^(١) في ملكه^(٢).
 وقال محمد: يعتق ما كان يملكه للحال، وما يَسْتَمْلِكُ^(٣) في اليوم، إذا بقي إلى الغد، وما يستحدث^(٤) ملكه في غداً^(٥).
 لمحمد: أن اللفظ صالح لا ابتداء الملك، وبقائه، حقيقة^(٦) فيها جميعاً، فيتناولهما جميعاً. بخلاف قوله: أشتريه؛ لأنه لا يصلح للحال.
 لأبي يوسف: أن اللفظ يصلح لهما، لكن الإضافة إلى الغد يقطع احتمال الحال، كما في قوله: أشتريه غداً.
 ١١٢٢- قال (أبويوسف): رجل حلف لا يدخل بغداد، فمر بها في سفينة، لا يحث مالم يخرج إلى الجدة^(٧).
 وقال محمد: يحث^(٨).
 لمحمد: أن دجلة من بغداد حقيقة، ولهذا لو قدم البعادي من الموصل، حتى دخل بغداد في سفينة؛ صار مقيماً.
 لأبي يوسف: أن بغداد موضع تقع عليه^(٩) الأيدي، ودجلة لا تقع عليه الأيدي^(١٠). يعني^(١١) أيدي أهل بغداد - فلم يكن منها، بخلاف الأراضي.

-
- (١) في ش، ز، ق (استحدث) بدل (يستحدث) والمعنى واحد.
 (٢) في ح، أ زيادة (غداً) وفي ش، ز، ق، ط زيادة (في غداً) وهاتان الزيادتان توضحان المعنى أكثر.
 (٣) في ش، ز، ط زيادة (سيملكه) وفي ق (استملكه) بدل (يستملك) وتؤدي إلى معنى واحد.
 (٤) في ش (سيحدث) بدل (يستحدث) والثانية أنسب للمعنى.
 (٥) انظر الجامع الكبير ص ٣٥، والبدائع ج ٥ ص ٢٣١٥.
 (٦) في ش، ر، ق، ط زيادة (وهو حقيقة) وهي توضح المعنى.
 (٧) وهي الشاطئ، أو الضفة. (لسان العرب ج ٣ ص ١٠٨).
 (٨) انظر البدائع ج ٤ ص: ١٦٥٤، ١٦٥٥، المسوط ج ٩ ص ٢٥.
 (٩) في ش (عليها) بدل (عليه) والثانية أنسب لدلالاتها على مذكر وهو (موضع).
 (١٠) في ط (عليها أيدي) بدل (عليه أيدي) والثانية أنسب للمعنى.
 (١١) في ش زيادة (لا تقع عليها) ولا فائدة لهذه الزيادة.



١١٢٣- قال (أبيوسف): ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان، فطرق فيه، وبهمه ولم ينطق به، لا يحنث.
وقال محمد: يحنث^(١).

لمحمد: أن مبنى الأيمان على العرف، والمجاز المتعارف في قراءة الكتاب هذا، بخلاف قراءة القرآن في الصلاة؛ لأن الأمر المطلق يتناول الحقيقة.
لأبي يوسف: أن القراءة هي التكلم حقيقة، وهذه حقيقة غير مهجورة، فلا يجوز العدول عنها، كما في قراءة القرآن^(٢).

١١٢٤- قال (أبيوسف): لو حلف لا يشتري بقرة، فاشترى ثوراً، لا يحنث، والوكيل بشرائه مخالف. وقال في الجامع الكبير: لا يحنث، والوكيل لا يصير مخالفاً. وقيل: هو قول محمد^(٣).

لمحمد: أن البقرة اسم جنس، فيتناول النوعين.

لأبي يوسف: أن الاسم^(٤) للإنثى لغة، قال الله تعالى: ﴿بَقَرَةً مَّفْرَافَةً لَّوْئُهَا﴾^(٥). والثور اسم للذكر، فاسم أحدهما لا يتناول الآخر،

(١) انظر البسوط ج ٩ ص ٢٣، والبدائع ج ٤ ص: ١٦٨٩.

(٢) في ز، ق زيادة (في الصلاة) وهي زيادة تضيف معنى جديداً؛ لأنه لو لم يحرك لسانه بالحروف في الصلاة، وهو قادر على القراءة؛ لا تجوز صلاته، وقد يستقيم المعنى بدون هذه الزيادة على اعتبار أن المراد به أنه حلف لا يقرأ سورة من القرآن فنظر فيها وفهمها، ولم يحرك لسانه؛ لم يحنث. (انظر البدائع ج ٤ ص: ١٦٨٩، ١٦٩٠).

(٣) قال في الجامع الكبير: «ولو حلف لا يأكل لحم دجاجة، فأكل لحم ديك، أو لا يأكل لحم ديك فأكل لحم دجاجة، أو لا يأكل لحم ناقة، فأكل لحم جمل، أو لا يأكل لحم جمل فأكل لحم ناقة، أو لا يأكل لحم ثور فأكل لحم بقرة، أو لا يأكل لحم كبش فأكل لحم نعجة، أو لا يأكل لحم بقر فأكل لحم جاموس، أو لا يأكل لحم بختي، فأكل لحم جمل عربي، أو لا يركب فرساً فركب برذوناً أو برذونة، أو لا يركب حمارة، فركب حملاً ذكراً، لم يحنث في شيء من هذه الوجوه».

وقال أيضاً: «رجل أمر رجلاً يشتري بقرة، فاشترى ثوراً، أو يشتري بغيراً فاشترى ناقة لزم الأمر». (ص ٧٢، ٧٣) وانظر البدائع ج ٤ ص ١٦٩٧، ولم أجد من نسب هذا القول لأبي يوسف أو محمد. إلا في مختلف الأصحاب. الورقة ٧٩.

(٤) في ق (اسم البقرة) بدل (الاسم) والمعنى واحد.

(٥) سورة البقرة: ٦٩.

ولهذا لا يتناول اسم الثور للأثنى.

١١٢٥- قال (أبيوسف): ولو حلف لا ينام على هذا الفراش، فجعل عليه فراشا آخر، ونام عليه، قال أبيوسف - في الأمالي - يحنث.

وقال في الجامع الكبير: لا يحنث. وقيل: هو قول محمد^(١).
له: أنه غيره، وهو مثل الأول^(٢)، فلا يتبعه، وهو غيره^(٣) فكان نائما على الأول^(٤).

لأبي يوسف: أنه نام عليهما جميعا^(٥) حقيقة^(٦).
ولذلك^(٧) يقال نام على فراشين، فقد وجد شرط الحنث وزيادة، فيحنث، كما إذا حلف لا يكلم فلانا، فكلمه وآخر^(٨) في خطاب واحد.

١١٢٦- قال (أبيوسف): رجل قال لغيره: والله لا أكلمك حتى تكلمني، فتكلما معا؛ لم يحنث.

وقال محمد: يحنث^(٩).

لمحمد: أنه منع نفسه عن الكلام إلى غاية وجود الكلام منه. وقد كلمه قبل وجود الغاية، فيحنث.

لأبي يوسف: أن معنى هذا الكلام في العرف: لا أسبقك بالكلام.

(١) انظر لجامع الكبير ص ٦٣، وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٨٣٤ والبدائع ج ٤ ص ١٧٢٧، ومختصر الطحاوي ص ٣٢٢.

(٢) في ز، ش، ط (مثله) بدل (مثل الأول) والمعنى واحد.

(٣) (وهو غيره) سقطت من ش، ز، ط، وسقوطها لا يؤثر في تغيير المعنى، لأنه تكرر لا فائدة منه.

(٤) في ش، ز، ق، ط زيادة (دون الثاني) وهي تؤكد المعنى.

(٥) (جميعا) سقطت من ز، ط، وإثباتها، أفضل لتأكيد المعنى.

(٦) في ز، ش، ط زيادة (وكذلك عرفا) وفي ق زيادة (وعرفا) وهاتان الزيادتان تكملان المعنى.

(٧) (لذلك) سقطت من ش ولا يتغير المعنى بسقوطها. وفي ز، ق، ط (لأنه) بدل (ولذلك) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٨) في ق، ز زيادة (معه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٩) انظر البدائع ج ٤ ص: ١٦٨٥.

ولم^(١) يسقه

١١٢٧- قال (أبويوسف): ولو قال لامرأته الأمة: إن^(٢) مات مولاك فأنت طالق اثنتين، فمات المولى، والزوج وارثه، طلقت اثنتين، وحرمت عليه^(٣) حرمة غليظة.

وقال محمد وزفر: لا يقع^(٤).

لمحمد وزفر: أنه علق الطلاق بموت مولاها، وهو زمان ثبوت ملك الزوج، وفساد النكاح والطلاق لا يقع مفارقتاً لزوال ملك النكاح، كما في قوله: أنت طالق مع انقضاء عدتك، وكما إذا قال لها: إذا مات مولاك، وملكتك^(٥)، فأنت طالق اثنتين.

لأبي يوسف: أن الطلاق معلق بالموت، وملك الوارث يقع بعد الموت؛ لأنه يثبت بعد استغناء المورث، فكان^(٦) الطلاق حال استغناء المورث، قبل ملك الوارث

١١٢٨- قال (أبويوسف): ولو قال لامرأته، إن خرجت من هذه الدار إلا بادنبي، فأنت طالق، يُشْتَرَطُ الإذن بكل مرة، ولو قال لها: أدنت لك أن تخرجي كلما شئت. ثم نهاها عن ذلك، فخرجت، تطلق.

وقال محمد: تطلق^(٧).

له: أن الإذن قد بطل بالنهي، فكان خروجاً^(٨) بغير إذن، فصار كما إذا أذن

(١) (لم) سقطت من ش. والمعنى لا يتم بدونها.

(٢) في ز، ش، ق، ط (إذا) بدل (إن) والمعنى واحد.

(٣) (عليه) سقطت من ش، ق، والإثبات أفضل لإيصاح المعنى.

(٤) المبسوط ج ٩ ص ٣٢.

(٥) في ط (تملكتك) بدل (ملككتك) والمعنى واحد.

(٦) في ش، ز، ق، ط زيادة (وفرع) وهي توضح المعنى.

(٧) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٢٢، والجامع الكبير ص ٣٢، والأصل ج ٣ ص ٢٧٣،

والمبسوط ج ٨ ص ١٧٣، ولم يذكر هذا الخلاف في هذه المصادر، واكتفوا بذكر أنه

يعنث، وذكر هذا الخلاف في تبیین الحقائق ج ٣ ص ١٢٢، وفتح القدير ج ٤ ص

٣٩٠، والبدائع ج ٤ ص: ١٦٦٣.

(٨) في ش (خروجها) بدل (خروجها) والمعنى واحد. وفي ق زيادة (بطل بالنهي باليمين فكان

لها بالخروج مرة، فلم تخرج حتى نهاها، ثم خرجت^(١)
 لأبي يوسف: أنه لما قال لها: أذنت [لك]^(٢) بالخروج كلما شئت، لم يبق
 الخروج بغير إذن في الحال^(٣) أصلاً، فقد انعدم شرط اليمين أصلاً.
 فيبطل^(٤) اليمين، فبالتهي لا يعود، بخلاف ما ذكر من المثال، لأن ثمة اليمين
 باقية^(٥)؛ لبقاء الشرط في الجملة.
 ١١٢٩- قال (أبيوسف): ولو حلف لا يتزوج امرأة بالكوفة، فقبل بالكوفة نكاح
 امرأة هي^(٦) بمكة، زوجها منه فضولي، فبلغها الخبر بمكة، فأجازت، لا
 يحنت.
 وقال محمد: يحنت^(٧). وعلى هذا الشراء.
 لمحمد: أن بالإجازة نفذ النكاح الموجود منه بالكوفة، فكان تزويجاً^(٨)
 بالكوفة، فيحنت.
 لأبي يوسف: أن تمام الكلام^(٩) بالنفاذ، والنفاذ بفعلها، وهي بمكة، فلا
 يكون تزويجاً^(١٠) بالكوفة مطلقاً، فلا يحنت.

هذا خروجاً ولا أثر لهذه الزيادة.

- (١) في ق زيادة (طلقت بالإجماع) وفيها زيادة إيضاح.
- (٢) في الأصل (لكن) والمعنى لا يستقيم معها.
- (٣) في ط زيادة (وبعده) ولا أثر لها، لأن هذا معلوم بالضرورة؛ لأنه إذا لم يبق الإذن في
 الحال فما بعد الحال أولى.
- (٤) في ط (فيبطل) بدل (فيبطل) والمعنى واحد.
- (٥) في ط (باق) بدل (باقية) والثانية أنسب لدلائها على لفظ مؤنث وهو اليمين.
- (٦) في ش (وهي) بدل (هي) والمعنى واحد.
- (٧) انظر حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٨٢٤، وأشار فيه إلى قول محمد، ولم يذكر الخلاف.
- (٨) في ش، ط (تزوج) وتؤديان لمعنى واحد. في ر (فكأنه تزوجها) بدل (فكان تزويجاً)
 والأولى أوضح في الدلالة على المعنى.
- (٩) في ش، ط (النكاح) بدل (الكلام) والأولى أفضل لموافقة سياق الكلام.
- (١٠) في ش، ز، ط (تزوج) بدل (تزوجاً) وتؤديان إلى معنى واحد.

باب ما تفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١١٣. قال (أبو حنيفة): إذا حلف لا يركب دابة فلان، فركب دابة عبدة المأذون، إن لم يتو، لا يحنت أصلاً، وإن كان على العبد^(١) دين مستغرق، فكذلك. وإن نواه، ولم يكن عليه دين، يحنت^(٢).

وقال أبو يوسف: إن نواه يحنت، وإن لم يتو لا يحنت^(٣) سواء كان عليه دين مستغرق، أو لم يكن.

وقال محمد: يحنت، نوى أو لم يتو، كان عليه دين أو لم يكن^(٤).

لمحمد: أن العبد^(٥) وما في يده لمولاه، فلا يحتاج إلى النية ودين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه^(٦)، لما عرف^(٧).

لأبي يوسف: أنه إن كان ملك المولى، لكنه مضاف إلى العبد عرفاً، فلا يضاف إلى المولى عند الإطلاق.

(١) في ش، ز، ق (وإن نوى إن كان على العبد دين) بدل (وإن كان على العبد دين) والأولى فيها زيادة إيضاح.

(٢) في ش، ح، ز، ق، ط، أ (وإن لم يكن، يحنت) بدل (وإن نواه ولم يكن عليه دين يحنت) والثانية فيها زيادة إيضاح.

(٣) (يحنت) سقطت من ش. وذكرها أفضل لإيضاح المراد.

(٤) انظر الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص ٢١٤، والأصل ج ٣ ص ٣٥٦، والمبسوط ج ٩ ص ١٤، والبدائع ج ٤ ص ١٧٢٦، ومختصر الطحاوي ص ٣٢٠.

(٥) في ش، ز، ق زيادة (العبد المأذون) وذكرها وعدم ذكرها سواء؛ لأن هذا يشمل العبد المأذون وغير المأذون.

(٦) في ش، ز، ق، ط زيادة (عندهما) وهي زيادة صحيحة، والمراد بقوله عندهما: أي أنو يوسف ومحمد: فهما يريان أن المولى يملك كسبه حتى ينفذ عتقه في رقبته، كما يملك عتقه، لأن الكسب بمنزلة الرقبة. وعند أبي حنيفة إذا كان الدين محيطاً برقبته وكسبه، لا يملك المولى شيئاً من كسبه، ولو أعتقه لا ينفذ عتقه في كسبه. (المبسوط ج ٢٥ ص ١٤٧).

(٧) انظر المسألة (١٠٥٢).

لأبي حنيفة: أن النية شرط، كما قاله أبو يوسف. ودين العبد إذا كان مستقرًا
يمنع المولى، فيشترط فراغه من^(١) الدين أيضًا^(٢).
١١٣١- قال (أبو حنيفة). لو^(٣) قال: عبيدي أحرار، هل يدخل في عبيدة [عبد]^(٤)
عبد^(٥) المأذون؟ فهو على هذا الخلاف^(٦). والله أعلم.

(١) في ش، ك، ط (عن) بدل (من) والأفضل الثانية؛ لأن الفراغ يكون من الشيء، لا عنه.
(٢) في ش، ز، ق، ط زيادة (عنه، لما عرف) وفيها تفصيل أكثر. (انظر المبسوط ج ٥ ص ١٤٧).

(٣) في ق، ط (إد) بدل (لو) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٤) سقط من الأصل، والإثبات هو الصحيح لاستقامة المعنى.

(٥) في ش، ز، ق، ط (يدخل عبيد عبده) بدل (يدخل في عبيدة عبد عبده) وتؤديان إلى
معنى واحد.

(٦) انظر المبسوط ج ٢٥ ص: ١٤٧، والمسألة (١١٣٠).

باب ما قاله زفر خلافاً لنا

١١٣٢- قال (زفر): إذا قال: أحلف لأفعلن كذا، أو أقسم، أو أغرم، أو أشهد، ولم يقل: بالله، لا يكون يميناً.

وعندنا: هو يمين بالله^(١).

له: أن احتمال أن يراد به^(٢) الحلف^(٣) بغير الله ثابت.

لنا: أن الحلف المشروع، وهو الحلف بالله تعالى: فعند الإطلاق يصرف^(٤) إليه، دل عليه قوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِزَمَرُوا عَنْهُمْ﴾^(٥). وقال الله تعالى: ﴿إِذْ آمَنُوا بِبُرْهَانِ اللَّهِ﴾^(٦). وقال الله تعالى: ﴿قَالُوا فَتَبَاهُكَ رَسُولُ آفَاقٍ﴾^(٧) ثم قال: ﴿أَتَخَذُوا أَيْمَنَهُمْ حُجَّةً﴾^(٨) جعل ذلك القدر يميناً.

١١٣٣- قال (زفر): ومن^(٩) قال لغيره، أعتق عبدك عني ألف درهم، فقال: أعتقت، يقع العتق عن المأمور. والولاء له. ولا يلزم الأمر بالآلف^(١٠).

وعندنا: يعتق عن الأمر، والولاء له. ويلزمه الآلف^(١١).

(١) انظر المدائع ج ٤ ص ١٥٢، والنباية ج ٥ ص ١٧٦، وفتح القدير ج ٤ ص ٣٥٩، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١١٠.

(٢) (أن يراد به) سقطت من ز، وإثباتها، أو سقوطها لا يؤثر في تغيير المعنى.

(٣) في ط (لحالف) بدل (الحلف) والثانية أفصل لسياق المعنى.

(٤) في ش، ق، ط (يصرف) بدل (يصرف). والمعنى واحد.

(٥) سورة التوبة: ٩٦.

(٦) سورة الفلم: ١٧.

(٧) سورة المنافقون: ١.

(٨) سورة المنافقون: ٢.

(٩) في ش (إذا) وفي ط (ولو) بدل (ومن) والمعنى واحد.

(١٠) في ش، ز، ق، ط (ولا يلزمه الآلف) بدل (ولا يلزم الأمر بالآلف) والثانية أفصل؛ لأنها أوضح.

(١١) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٥٢٥، والمبسوط ج ٧ ص ١٠.

له أن الأمر لا يملك العد، وقد^(١) قال - ﷺ -: «لاعتق فيما لا يملكه ابن آدم»^(٢).

لنا : أن الأمر طلب منه الإعتاق عنه بواسطة الملك. والمأمور أجابه إلى إثبات العتق عنه بواسطة إثبات الملك له، وأمكن تصحيح ذلك، فبصح. وعرف ذلك بتعامه^(٣) في موضعه^(٤).

١١٣٤- قال (زفر): إذا حنث في الأيمان، ولزمته كفارات، فأعتق رقاباً عنهن، ولم يعين لكل^(٥) واحدة واحدة^(٦)، لا يجوز عن الكل، ولا عن البعض. وعندنا: يجوز عن الكل^(٧).

له: أنه لما أعتق عن الكل - انقسم كل إعتاق عليهن، فكان أشقاصاً، وأنه لا يجوز، كما في الكفارات^(٨) المختلفة.

(١) (وقد) سقطت من ش، ولا يؤثر سقوطها في تغيير المعنى.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل المكاح، حديث رقم ٢١٩٠، ج ٢ ص ٢٥٨، عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن النبي - ﷺ - قال: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك...». والترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تفر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك...». كتاب الطلاق باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح حديث رقم ١١٨١، ج ٣ ص ٢٧٧. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) في ش، ز، ق، ط (تعامه) بدل (ذلك بتعامه) والمعنى واحد.

(٤) في ز، ق، ط زيادة (في طريقة الخلاف) وهي زيادة حسنة توضح مكان ورود هذا مفصلاً، وطريقة الخلاف هي كتاب المختلف كما سيصرح بذلك فيما بعد، قال في المختلف في الورقة (٧٦): ولو أن رجلاً طلب إلى رجل أن يعتق عبده عنه، وقال: أعتق عبدك عني على ألف درهم فأعتقه، جاز العتق عن الأمر، وعليه ألف درهم، وهذا قول علمائنا الثلاثة - وهو قول الشافعي - وفي قول زفر: العتق عن المولى ولا يكون عن الأمر، ولو قال: أعتقه عني ولم يذكر المال فإن في قول أبي حنيفة ومحمد: العتق عن المولى، ولا يكون عن الأمر، - وهو قول زفر - وفي قول أبي يوسف: العتق يكون عن الأمر وهو قول الشافعي.

(٥) في ز، ق، ط (عن كل) بدل (لكل) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٦) (واحدة) سقطت من ط، والإثبات أفضل لإيضاح المعنى.

(٧) نظر المبسوط ج ٨ ص ١٤٥، والباية ج ٤ ص ٧٢٥.

(٨) في ش، ر، ق، ط (لا يجوز في الكفارات) بدل (لا يجوز كما في الكفارات) والمعنى واحد.

لنا . أن الواجب عليه تكميل العدد، دون التعيين، لأن الجنس متحد، والتعيين لا يفيد، وقد وجد تكميل العدد بخلاف الكفارات المختلفة؛ لأن التعيين مفيد، فيشترط .

١١٣٥- قال (زفر) إذا كان عليه كفارتان ليميسين، فاطعم عشرة^(١) . لكل^(٢) واحد صاعاً عنهما جميعاً^(٣) - لم يجز، لما مر^(٤)، لا عنهما، ولا عن أحدهما^(٥) .

وعن^(٦) محمد: أنه^(٧) يجوز عنهما .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: ^(٨)يجوز عن أحدهما . وقد مر في باب محمد^(٩) .

١١٣٦- قال (زفر): وإذا قال: لأحولن هذا الحجز ذهباً، أو لأتمسن السماء؛ لم^(١٠) ينقذ يمينه .

وعندنا: ينقذ، ويبحث للحال^(١١) .

له: أنه محال عادة، فلا ينقذ عليه اليمين، كالمحال حقيقة، وهو قوله: لأشربن الماء الذي في هذا^(١٢) الكوز، وليس فيه ماء .

(١) في ش، ق، ط زيادة (مساكين) وهي تقوى المعنى .

(٢) في ش، ق، ط (عن كل) بدل (لكل) والثانية أنضل؛ لأن الطعام تملكك والتمليك يكون باللام .

(٣) (جميعاً) سقطت من ط، وسقطها لا يؤثر في تغيير المعنى .

(٤) في المسألة السابقة .

(٥) في ط (واحد منهما) بدل (أحدهما) ومعناها واحد . انظر الباية ج ٤ ص ٧٢٥، وفتح القدير ج ٤، ص ١٠٩ .

(٦) في ش (وعند) بدل (وعن) وتؤيدان إلى المعنى المراد .

(٧) (أنه) سقطت من ش، ز، وسقطها لا يؤثر في المعنى .

(٨) في ط زيادة (أنه) ولا تغير المعنى هذه الزيادة .

(٩) انظر المسألة (١١١١) .

(١٠) في ش، (لا) بدل (لم) والمعنى واحد .

(١١) انظر المبسوط ج ٩ ص ٧، والدائع ج ٤ ص ١٥٩٢ .

(١٢) في ش (هو في) بدل (في هذا) وتؤيدان إلى المعنى .

لنا : أنه متصور، فننقد اليمين عليه، إلا أنه عجز^(١) بحكم العادة؛ فيحنت، بخلاف المستحيل حقيقة، لأنه لا يتصور.

١١٣٧- قال (زفر): ولو حلف لايهب لفلان^(٢)، فوهب، ولم يقبل، لا يحنت. وعندنا: يحنت^(٣).

له: أن تمام الهبة بالقبول، فلا يحنت بدونه، كما في البيع.

لنا : أن الهبة تمليك، وأنه^(٤) يتم بالملك، إلا أن القبول شرط ثبوت الملك، لا شرط وجود الهبة - فصار كالإقرار والوصية، بخلاف البيع؛ لأنه اسم^(٥) تمليك، ويملك بعوض.

١١٣٨- قال (زفر): لو حلف لا يبيع ولا يشتري؛ لا يحنت بالفساد من ذلك قبل القبض.

وعندنا: يحنت^(٦).

له: أن تمامه بالملك، والملك يثبت بالقبض.

لنا : أنه بيع وشراء حقيقة، إلا أن^(٧) الملك توقف على القبض. وعلى هذا الخلاف: البيع بشرط الخيار. والله أعلم .

(١) في ق زيادة (فيه) وفي ط زيادة (عنه) والزيادة الأولى لا تناسب المعنى؛ لأن العجز يكون عن الشيء لا في الشيء، والزيادة الثانية توصل المعنى.

(٢) في ز (فلان) بدل (فلان) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٣) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٠، والبناء ج ٥ ص ٣٤٠، وفتح القدير ج ٤ ص ٤٦٨.

(٤) في ش (فأنه) بدل (وأنه) والثانية أحسن في الأسلوب.

(٥) (اسم) سقطت من ز، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٦) المبسوط ج ٩ ص ٣٠، ومختصر الطحاري ص ٣٢٣.

(٧) في ز، ق، ط زيادة (ثبوت) وهذه الزيادة توضح المعنى.

باب ما قاله الشافعي خلافا لقول علمائنا

١١٣٩- قال (الشافعي) اليمين الغموس^(١) توجب الكفارة.
وعندنا: لا توجب^(٢).

(١) اليمين الغموس: هو الحلف على إثبات شيء أو نفيه بتعمد الكذب فيه، سواء كان ماضياً، كقول الرجل: والله ما فعلت ذلك - أم حالاً كقول الرجل: والله إن هذا ريد، مع علمه بأنه عمرو. وسميت بذلك؛ لأنها تغص صاحبها في الإثم، (انظر الناية ج ٥ ص ١٥٧، وطلعة الطلة ص ١٤٢).

(٢) ويقول الحنفية قال المالكية والحنابلة، واستدل القائلون، بأنها لا توجب الكفارة بأنها يمين غير معقدة كاللغو، وذلك لأنها لا توجب براء، ولا يمكن الر فيها، ولذلك فأنها ما يافيها - وهو الحنث - فلم تعقد، كالنكاح الذي فأنه الرضاع، والكفارة لا ترفع إثم اليمين، ولأجل هذا لا تشرع فيها، ودليل أن الكفارة لا ترفع إثم أنها كبيرة لقوله - ﷺ - فيما رواه عبدالله بن عمرو بن العاص: «الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، واليمين الغموس» رواه البخاري، كتاب الأيمان، باب اليمين الغموس ج ٨، ١٧١، وروى المحاري أيضاً عن عبدالله بن مسعود عن النبي - ﷺ - قال: «من حلف على يمين كاذبة ليفتنع بها مال رجل مسلم، - أو قال: أخيه - لقي الله وهو عليه غضبان» كتاب الأيمان، باب عهد الله عز وجل ج ٨ ص ١٦٧. ورواه مسلم عن عبدالله بن مسعود، كتاب الأيمان، باب وعيد من افتطع حق مسلم يمين فاجرة بالار، حديث رقم ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢ ج ١ ص ١٢٢، ١٢٣. وأبوداود، كتاب الأيمان والنذور، باب التخييط في الأيمان الفجرة، حديث رقم ٣٢٤٢، ج ٢ ص ٢٢٠، واستدلوا بقول ابن عباس: «كنا نعد من الذنب الذي لا كفارة له: اليمين الغموس». رواه البيهقي، كتاب الأيمان باب ما جاء في اليمين الغموس، ج ١٠ ص ٣٨، وبما رواه أحمد عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - ﷺ - : «خمس ليس لهن كفارة...» وعد منها: يمين صابرة يفتن بها ملاً بغير حق، مسند الإمام أحمد، ج ٢ ص ٣٦٢.

وردوا على من احتج بالحديث: «فليكفر من يمينه وليأت الذي هو خبر» أن هذا يدل على أن الكفارة إنما تجب على فعل يفعله فيما يستقبل؛ لأن اليمين المستقبلية يمين معقدة يمكن حلها، والبر فيها. (انظر الناية ج ٨ ص ١٢٧، والبدائع ج ٤ ص ١٦٠، ١٦١، والمفتني لابن قدامة ج ٨ ص ٦٨٦، وشرح مستهمل الإرادات ج ٣ ص ٤٢٤، والشرح الصغير، وبلغة السالك، ج ١ ص ٣٠٧).

له: قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِالْفُحْوَ فِي أَثْنَيْتِكُمْ • وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ قُلُوبَكُمْ﴾^(١). وأثبت المؤخذة في يمين مكسوبة بالفتح - وهي المقصودة^(٢). وهذه كذلك. وفسر المؤاخذة في آية أخرى بالكفارة، لقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْتَانَ فَكَفَرْتُمْ بِهِ﴾^(٣)... الآية: وقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَثْرَةُ أَيْتِنَاكُمْ﴾^(٤) وهذه من الأيمان.

لنا: أن هذه جنابة بالتوبة بالنصوص العامة، فلا يحب الاعتناق مؤجبا لها. كالإشراك بالله. ولأنه محظور محظور محض، كالشرك، والزنا، وعقوق الوالدين، وقد ورد الوعيد^(٥). وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْرِكُونَ بِمَنِّهِمْ﴾^(٦) وتعامه عرف في طريق الخلاف.

١١٤٠. قال (الشافعي): لا كفارة على المكره والخاطيء.
وعندنا: عليهما^(٧) الكفارة^(٨).

واحتج الشافعية، بأن الكفارة شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى، وقد تحقق هذا الهتك بالحلف بالله حال كونه كاذبا، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْتَانَ﴾ (المائدة: ٨٩) وهذا يعم الماضي، ويعم المستقبل، وتعلق الإثم لا يمنع الكفارة، كما أن الظهار منكر من القول وزور، ومع ذلك تتعلق به الكفارة. (مغني المحتاج ج ١ ص ٣٢٥)، وهذا الخلاف مبني على أن الكفارات عند الشافعي شرعت ضمانا للمتلف من حقوق الله تعالى جبرا، وعند الحنفية شرعت كلها جزاء للفعل. (تخريج الفروع على الأصول ص ٣٦٦).

(١) سورة القرة: ٢٢٥.

(٢) في ز (وفي المفقودة) بدل (وهي المقصودة) والثانية أنسب لأداء المعنى.

(٣) سورة المائدة: ٨٩.

(٤) سورة المائدة: ٨٩.

(٥) في ش، ز، ق، ط زيادة (به) وهي تكمل المعنى.

(٦) سورة آل عمران: ٧٧.

(٧) في ط (عليه) بدل (عليهما) والثانية أفضل؛ لأن الضمير يعود على اثنين وهما، المكره والخاطيء.

(٨) انظر السنية ج ٥ ص ١٦٣، وفتح القدير ج ١ ص ٣٥٢، ٣٥٣، والمهذب مع شرح المجموع ج ١٦ ص ٢٥١.

له ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْثَبِكُمْ • وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾^(١) أى فصدت. هذه غير مقصودة، فكان^(٢) لموا.

لنا : أن هذه يمين حقيقية، فتعلق الكفارة^(٣)، وأما يمين اللغو فهو أن يرى شخصاً يظنه^(٤). زيداً، فيحلف عليه، فإذا هو عمرو، ونحو ذلك، وهذا مذهب عبد الله ابن عباس - رضي الله عنه - وهذا لأن اللغو ما يلغى - أي يطل ولا يعتبر - وذلك ما قلنا^(٥).

١١٤١- قال (الشافعي): التكفير بالمال، قبل الحنث؛ جائز. وعندنا: لا يحوز^(٦).

له: قوله - ﷺ -: «من حلف على يمين، ورأى غيرها خيراً منها، فلكيفر عن يمينه، ثم ليأت بالذي هو خير»^(٧). ولأنه أدى الواجب بعد وجود سببه، وهو اليمين^(٨)، فيجوز، كتعجيل الزكاة، والتكفير بعد الجرح قبل الموت، ودلالة أن سبب: إضافته إلى اليمين، وتكرره^(٩) بتكرار اليمين،

(١) سورة البقرة: ٢٢٥.

(٢) في ش (فتكون)، وفي ق، ط (فكأت) بدل (فكان) والأولى والثانية أفضل لموافقتها لاسم الإشارة.

(٣) في ش، ق، ط، زيادة (به الكفارة) وفي ز زيادة (الكفارة بها) وإثباتها وعدمه سواء، فقد يراد به أن اليمين تعلقت الكفارة، أو الكفارة تتعلق باليمين، وكلاهما جائز.

(٤) في ط (فيظنه) بدل (يظنه) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٥) في ط (ما قلناه) بدل (ما قلنا) والمعنى واحد.

(٦) انظر المبسوط ج ٨ ص ١٤٧، والبدائع ج ٤ ص ١٦٠٩، والنباية ج ٥ ص ١٨٩، وفتح القدير ج ٤ ص ٣٦٨. ومغني المحتاج ج ٤ ص ٣٢٦، ومختصر المزني ص ٢٩١. وهذا الخلاف مبني على أن الكفارات شرعت جزاءً للفعل عند الحنثية وعبد الشافعية شرعت صمناً للمتلف من حقوق الله. (تمزيح الفروع على الأصول ص ٣٦٨).

(٧) رواه البخاري، كتاب كفارات الأيمان، باب الاستثناء في الأيمان عن أبي موسى الأشعري مرفوعاً. ج ٨ ص ١٨٢.

ورواه أيضاً مسلم عن أبي موسى الأشعري، كتاب الأيمان، باب تدب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها، أن يأتي الذي هو خير، ويكفر عن يمينه، حديث رقم ٩، ١٠، ج ٣ ص ١٢٧٠، ١٢٧١، كما رواه أصحاب السنن الأربعة، والدارمي وأحمد.

(٨) (وهو اليمين) سقطت من ش، وإثباتها أفضل؛ لأنها تفسر قوله (سببه).

(٩) في ط (إضافتها إلى اليمين وتكررها) بدل (إضافته إلى اليمين وتكرره) والثانية أفضل؛ لأنها

وغير ذلك.

لنا : أن الإعتاق الواقع قبل الحنث، لم يقع تكفيراً، فلا يعتد به في إسقاط الأمر الواردة بالتكفير^(١) بعد الحنث، كالتكفير قبل اليمين. وبيان أنه لم يقع تكفيراً، لأن الكفارة^(٢) شرعت لرفع الذنب، ولا ذنب قبل الحنث، وقد عرف في موضعه^(٣).

١١٤٢- قال (الشافعي): ولو قال: إن فعلت كذا، فهو كافر، أو قال^(٤): يهودي، أو نصراني، أو قال: بريء من الله، فهذا ليس بيمين. وعندنا: هو يمين^(٥).

له: أنه حلف بغير الله تعالى، فلا ينعقد.

لنا : وقوله - ﷺ -: «من حلف باليهودية، أو النصرانية^(٦) فهو يمين»^(٧). رواه ابن عباس رضي الله عنه. ولأنه أبلغ في الإيجاب من تحريم الحلال، وذلك يمين، وهو في معنى اليمين بالله تعالى: فكذا هذا.

تناسب ما قبلها (سبب) وهو مذكر. وفي ز (تكررها) بدل (تكرره) والثانية أفضل لدلالاتها على المذكر.

- (١) في ط (في التكفير) بدل (بالتكفير) وتؤيدان إلى معنى واحد.
- (٢) في ط (أن الكفارة إنما) بدل (لأن الكفارة) والمعنى معهما واحد.
- (٣) في ش، ق (وقد عرف تمامه في الحلافيات) وفي ز، ط (وقد عرف تمامه في طريفة الخلاف) بدل (وقد عرف في موضعه) والأولى والثانية أكثر إيضاحاً وتفصيلاً - للمراد.
- (٤) (قال) سقطت من ط، ولا يؤثر في تغيير المعنى.
- (٥) انظر المبسوط ج ٨ ص ١٣٤، والبنية ج ٥ ص ١٨١، والبدائع ج ٤ ص ١٥٨٤، ص ١٥٨٩، وفتح القدير ج ٤ ص ٣٦٢، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٢٤. وروي عن أبي يوسف أنه لا يكفر، ورجحه في البدائع؛ لأنه ما قصد الكفر، ولا اعتقده.
- (٦) في ط (على اليهودية والنصرانية) بدل (باليهودية، أو النصرانية) والثانية أفصل أسلوباً من الأولى.
- (٧) رواه البيهقي عن زيد بن ثابت قال: سئل رسول الله - ﷺ - عن رجل يقول: هو يهودي، أو نصراني، أو بريء من الإسلام في اليمين بحلف عليه، فيحنث، قال: «كفارة يمين». وقال البيهقي تفرد به سليمان بن أبي داود الحراني، وهو منكر الحديث، صممه الأئمة وتركوه، كتاب الأيمان، باب من حلف بغير الله ثم حنث، أو حلف بالبراءة من الإسلام، أو بعتة غير الإسلام أو بالأمانة، ج ١٠ ص ٣٠.

١١٤٣- قال (الشافعي): إذا قال: إن فعلت كذا، فعلي حجة أو عمرة، أو صوم يمين، وإن حنث فيها فعليه^(١) الكفارة.

وعن أبي حنيفة: أنه أخذ بها في آخر عمره - وفي ظاهر الرواية^(٢) إذا حنث فعليه ماسمًا^(٣).

له: قوله - ﷺ -: «النذر يمين، وكفارته كفارة يمين»^(٤). ولأنه في معنى اليمين بالله تعالى، لأنه قصد به نفي مانع، أو إثبات ما أثبت.

وجه ظاهر الرواية: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ﴾^(٥) ولأن المعلق بالشرط، كالمفروض به لدى الشرط، فصار كأنه قال عند ذلك، على حجة، أو صوم سنة، وإذا^(٦) لا يرتفع بالكفارة، فكنا هذا.

١١٤٤- قال (الشافعي): لا يجوز في إطعام المساكين - عن كفارة اليمين - إلا بالتملك^(٧).

وعندنا: يجوز الإباحة أيضًا^(٨).

له: أنه حق مالي، فلا يتأدى إلا بالتمليك، كالزكاة.

(١) في ش، ق، (عليه) بدل (فعليه) والثانية أفضل؛ لأن جواب الشرط جملة طلبية فيجب اقترن الجملة بالفاء.

(٢) في ط زيادة (أنه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٣) انظر المبسوط ج ٨ ص ١٣٥، ١٣٦، والبداية ج ٤ ص ١٦١٢. والباقية ج ٥ ص ١٩٦، ١٩٧، وفتح القدير ج ٤ ص ٣٧٥، ٣٧٦ وللشافعية في هذا ثلاثة أقوال: الأول أد عليه كفارة يمين، والثاني: أنه يجب على الناذر ما التزم، والثالث: يحترق الناذر واحدًا منهما. (انظر معني المحتاج ج ٤ ص ٣٥٥).

(٤) رواه مسلم عن عقبة بن عامر، عن رسول الله - ﷺ - قال: «كفارة النذر كفارة اليمين» كتاب النذر، باب في كفارة النذر، حديث رقم ١٣، ج ٣ ص ١٢٦٥، وأبو داود ملفظ مسلم، كتب الإيمان والتذوق، باب من نذر نذرًا لم يسمه، حديث رقم ٣٣٢٣، ج ٣ ٢٤١، والترمذي في الإيمان حديث رقم ١٥٢٨، ج ٤ ص ١٠٦، وباقى أصحاب السنن.

(٥) سورة العنكبوت: ١.

(٦) في ش، ك، (وذلك) بدل (وذا) والمعنى واحد.

(٧) في ش، ط، (التمليك) بدل (بالتملك) والأولى أنسب لسياق الكلام.

(٨) (أيضًا) سقطت من ط، والأفضل ذكرها لتأكيد المعنى. انظر المبسوط ج ٧ ص ١٥٠.

لنا : أن المذكور في الآية الإطعام، وذلك^(١) يقع على الإباحة كما في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾^(٢). وذلك^(٣) إباحة، فكذا هذا.

١١٤٥- قال (الشافعي): إذا أطعم مسكينًا واحدًا عشرة أيام، أعطاه^(٤) كل يوم نصف صاع، لا يجوز إلا عن واحد، وهو قول زفر^(٥) وعندنا: يجوز عن الكل استحسانًا^(٦).

له^(٧): أن^(٨) المشروع إطعام عشرة مساكين، وهذا مسكين واحد.

لنا : أن المقصود رد^(٩) عشر جوعات، وقد وجد^(١٠).

١١٤٦- قال (الشافعي): على^(١١) الواجد التكفير بالمال، وعلى العاجز^(١٢) التكفير بالصوم. والمعتبر في ذلك حالة الوجوب. وعندنا: حالة الأداء^(١٣).

ج ٧ ص ١٥١، وفتح القدير ج ٤ ص ١٠٥، ١٠٦، والبنية ج ٤ ص ٧١٩، ٧٢٠، ومعني المحتاج ج ٣ ص ٣٦٦.

(١) في ش (وذلك) بدل (وذلك) والمعنى واحد.

(٢) سورة المائدة: ٨٩.

(٣) في ش (وذلك) بدل (وذلك) والمعنى واحد.

(٤) في ش (في) وفي ط، أ، (أو أعطاه) بدل (وأعطاه) والثانية هي الأفضل؛ لأن الإطعام غير الإعطاء.

(٥) انظر المسألة (١١٣٥).

(٦) انظر المبسوط ج ٧ ص ١٧، والبنية ج ٥ ص ٧٢٥، وفتح القدير ج ٤ ص ١٠٩، ومختصر المزني ص ٢٩١.

(٧) في ط (وجه قول الشافعي) بدل (له) والمعنى واحد.

(٨) في ش، زيادة (أن لإطعام) وهي تقوي المعنى.

(٩) في ط (سد) بدل (رد) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(١٠) في ط زيادة (ههنا فيجوز) وهي توضح المعنى أكثر.

(١١) في ش، ط زيادة (الواجب على) وهي تزيد المعنى وضوحًا.

(١٢) في ط (الواجد) بدل (العاجز) والصحيح الثانية إذ العاجز عن المال يصوم.

(١٣) وللشافعية في هذا ثلاثة أقوال: أظهرها، اعتبار اليسار بوقت الأداء. والثاني: بوقت الوجوب، والثالث: بأي وقت كان من وقتي الوجوب والأداء.

له : أن الأداء يصادف الواجب، فيعتبر فيه حالة الوجود، كالعبد إذ زنا، ثم عتق، أقيم^(١) عليه حد العبد.

لنا : أن هذا بدل، أو^(٢) مبدل، فيعتبر فيهما حالة الأداء، كالوصو مع التيمم، بخلاف ما ذكر؛ لأن حد العبد^(٣) ليس ببدل عن حد الأحرار. ومسألة أعتق عبدك عني ألف درهم^(٤)، قوله فيهما مثل قول زفر، وقد مر^(٥).

١١٤٧- قال (الشافعي): إذا أعتق رقبة كافرة عن يمينه^(٦)، أو ظهاره؛ لا يجزيه^(٧). وعندنا: يجزيه^(٨).

له : أن الكفارة حق لله تعالى، فلا يصرف إلى عدو الله، كالزكاة، وكما في كفارة القتل.

لنا : أن الواجب عليه تحرير رقبة مطلقة بالنص، وقد أتى به. بخلاف كفارة القتل؛ لأنه مقيد^(٩) بقيد الإيمان نصاً، على ما عرف^(١٠).

(انظر مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٦٥، تبين الحقائق ج ٣ ص ١١٣، وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص: ٧٢٧، والبدائع ج ٦ ص ٢٨٩٩)

- (١) هي ط (يقام بدل (أقيم) وهما بمعنى واحد.
 - (٢) في ز، ق، ط، أو (و) بدل (أول) والأولى أنب للمعنى.
 - (٣) في ز، ش، في (العبد) بدل (العبد) والمعنى واحد.
 - (٤) (درهم) سقطت من ط. وإثباتها وسقوطها لا يغير المعنى.
 - (٥) في ز، ط زيادة (في يانه) وهي تقوي المعنى. والجملة الأخيرة من قوله (ومسألة ... إلى ... وقد مر) مسألة مستقلة، لا علاقة لها بهذه المسألة، (انظر ١١٣٣) وقرئ الشامية بين أن يكون على الأمر كفارة، وبين ألا يكون عليه كفارة، فإذا كان عليه كفارة عتق عن الأمر، وإذا لم يكن عليه كفارة عتق عن الأمور. (انظر مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٦٣).
 - (٦) في ش، ز، ق، ط زيادة (عن كفارة يمينه) وهي توضح المعنى.
 - (٧) في ز (يجوز) بدل (يجزيه) والثانية أفضل؛ لأن المراد الإجزاء، لا الجواز.
 - (٨) في ز (يجوز) بدل (يجزيه) انظر الفقرة السابقة.
- انظر المسوط ج ٧ ص ٢، ٣، واللبابة ج ٤ ص ٧٠٢، ٧٠٣. وفتح القدير ج ٤ ص ٩٥، وتبين الحقائق، ج ٣ ص ٦. ومغني المحتاج ج ٣ ص ٢٦٠.
- (٩) في ش، في (مقيدة) بدل (مقيد) والثانية أنب للمعنى لدلائلها على المذكر وهو العتق.
 - (١٠) هي ز زيادة (وتسامه يعرف في طريقة الخلاف) وفي ط (وتسامه عرف في طريقة الخلاف)

١١٤٨- قال (الشافعي): إذا أعتق المكاتب عن كفارة يمينه، لا يجزئه.

وعندنا: يجزئه إذا لم يؤد^(١) شيئاً من البدل^(٢).

له: أن المكاتب استحق العتق عنه^(٣) بجهة الكتابة، وصار حرّاً من وجه، فصار كالمدير، وأم الولد.

لنا: أن الكتابة إما أن تكون مانعة من التكفير، أو لم تكن مانعة، فإن كان الثاني، يقع تكفيراً. وإن كان الأول، تنفسخ الكتابة مقتضاه^(٤)، ويقع التكفير^(٥)، لما عرف^(٦).

١١٤٩- قال (الشافعي): إذا اشترى أباه نائياً عن كفارة يمينه، أو ظاهره، لا يجزئه.

وعندنا: يجزئه^(٧).

له: أنه استحق عليه العتق عند دخوله في ملكه بجهة القرابة، فيقع العتق عن تلك الجهة، لا عن^(٨) الكفارة، كما إذا اشترى المحلوف^(٩) بعتقه، نائياً عن الكفارة.

وهي زيادات تضيف معنى جديداً.

(١) في ط (برو) بدل (يؤد) والثانية أنسب للمعنى. لأنه إذا أدى شيئاً من البدل لا يحوز عن الكفارة.

(٢) وقول زفر مثل قول الشافعي. انظر المبسوط ج ٧ ص ٦. وفتح القدير ج ٤ ص ٩٨، والبنية ج ٤ ص ٧٠٨، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٧. ومغني المحتاج ج ٣ ص ٣٦١.

(٣) (عنه) سقطت من ش، ز، ط ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٤) في ز بادة (سابقاً) وفي ط زيادة (سابقاً عليه). وهي توضح المعنى؛ لأن الكتابة تقتضي العتق قل الكفارة.

(٥) في ش، ز، ق، ط (تكفيراً) بدل (التكفير) والمعنى واحد.

(٦) في ز، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة تضيف معنى جديداً.

(٧) وكان أبو حنيفة يقول أولاً: أنه لا يجزئه؛ لأن هذا هو القياس، وهو قول زفر والشافعي. (انظر المبسوط ج ٧ ص ٨، والبنية ج ٤ ص ٧١٠، وفتح القدير ج ٤ ص ٩٩، وتبيين الحقائق ج ٣ ص: ٨، ومغني المحتاج ج ٣ ص ٧٣١).

(٨) في ط زيادة (جهة) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٩) في ط زيادة (عليه) وهي توضح المعنى.

لنا أن الواجب عليه الإعتاق، وقد وجد، لقوله - ﷺ -: «لن يعزى ولد والده، إلا أن يجده مملوكًا فيشتره، فيعتقه»^(١). أحبر أن شراء الابن يعتقه. فيقتضى تصور كونه معتقًا، حتى لا يتحقق الخلف في كلام صاحب الشرع^(٢). كما في قوله: أطعمه فاشبعه، وسقاه فأرواه، وقد عرف في المختلف^(٣).

١١٥٠- قال (الشافعي): يمين الكافر بالله تعالى صحيحة، وإذا حنث فعليه الكفارة بالمال، كظاهرة الذمي.

وعندنا. غير صحيحة^(٤). وقد مر في الطلاق^(٥).

١١٥١- قال (الشافعي): إذا حلف لا يدخل دار فلان، فدخل دارًا هي^(٦) في يده بإجارة، أو إعارة؛ لا يحنث.

وعندنا: يحنث^(٧).

له: أن حقيقة الملك مراد هذه^(٨) اليمين، حتى لو دخل دارًا يملكها،

(١) رواه مسلم، كتاب العتق، باب فضل عتق الوالد، حديث رقم ٢٥، ج ٢ ص ١١٤٨، وأبو داود، كتاب الأدب، باب في بر الوالدين، حديث رقم ٥١٣٧، ج ٤ ص ٢٣٥، والترمذي كتاب البر والصلة، باب ما جاء في حق الوالدين، حديث رقم ١٩٠٦، ج ٤ ص ٣١٥، وابن ماجه في كتاب الأدب، باب بر الوالدين حديث رقم ٣٦٥٩، ج ٢ ص ١٢٠٧، والإمام أحمد في مسنده، ج ٢ ص ٢٣٠، كلهم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله - ﷺ -: «لا يعزى ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتره فيعتقه»

(٢) في ش، ز، ق، ط أخبر أنه يعتقه بعد الشراء، ولو لم يجعل نفس الشراء إعتاقًا، لما تصور الإعتاق بعده، فصار نفس الشراء إعتاقًا بدل (أخبر أنه إلى . كلام صاحب الشرع) والجملتان تؤيدان إلى المعنى المراد.

(٣) في ط، ش (تمامه في طريقة الخلاف) بدل (في المختلف) والمعنى واحد.

(٤) في ط (صحيح) بدل (صحيحه) والثانية أنسب لسياق الكلام.

(٥) انظر المسألة (٩٩١) والبدائع ج ٤ ص ١٥٩٠.

(٦) (هي) سقطت من ز، ط ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٧) انظر الأصل ج ٣ ص ٢٦٧، والمبسوط ج ٨ ص ١٦٨، والبدائع ج ٤ ص ١٦٥١، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٣٣٣، ولكن عند الشافعية إذا أراد بدار فلان مسكنه، فإن الحالف يحنث بدخوله الدار التي يسكن فيها فلان سواء كان بإعارة، أو بإجارة أو غيره.

(٨) في ش، ز، ق، ط (بهذه) بدل (هذه) وتؤيدان إلى معنى واحد.

يبحث، فلا يبقى المجاز مراداً^(١).

لنا . أن اليمين عقدت على المضاف إليه، والدار قد تضاف إليه^(٢) بحكم الملك، وقد تصاف إليه بحكم السكنى، فيتناولها جميعاً، دل عليه أن النبي - ﷺ - مر بحائط^(٣) فأعجبه، فقال: لمن هذا؟ فقال رافع بن خديج^(٤): لي يا رسول الله. استأجرته^(٥). أضاف إلى نفسه، ولم ينكر عليه [النبي ﷺ]^(٦)، وهذا ليس من باب المجاز، بل هو يتناول لما يضاف إليه، وذلك^(٧) شامل^(٨)، كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان، يتناول الدخول بأي طريق كان، كذا هذا.

(١) في ش (المراد مجازاً) بدل (المجاز مراداً) والثانية أنسب للمعنى، إذ المجاز نسمة الدار المستأجرة دار فلان المستأجر، والحالف لا يريد إلا الدار الحقيقية.

(٢) (إليه) سقطت من ط. والإثبات أولى لاكتمال المعنى.

(٣) الحائط: البستان من النخيل إذا كان عليه حائط. (لسان العرب ج ٧ ص ٢٨٠).

(٤) هو رافع بن خديج بن رافع بن عدي الأوسي الأنصاري، استصغره النبي - ﷺ - يوم بدر، وأجازه يوم أحد، وشهد ما بعدها، وتوفي سنة ٧٤هـ، وعمر ٨٦ سنة، (الإصابة ج ١ ص ٤٩٦).

(٥) في ط (استأجرتها) بدل (استأجرته) والثانية أنسب للمعنى إذا المراد به الحائط وهو مذكور.

(٦) سقط من الأصل، وذكره أولى لفضل الصلاة على النبي.

(٧) في ش (وذلك) بد (وذلك) والمعنى واحد.

(٨) في ط زيادة (لهما) وهي تزيد المعنى وضوحاً.

باب جوابات مالك

١١٥٢- قال (مالك): الأصل في الكلمات المستعملة في الأيمان أنها تحمل على معاني كلمات القرآن.

وعند الشافعي: تحمل الحقيقة.

وعندنا: يحمل على المتعارف، حتى لو حلف لا يستضيء بالسراج فاستضاء بالشمس؛ يحنث عند مالك؛ لأن الله تعالى جعل الشمس سراجاً، ومن حلف لا يدخل دار فلان، فعند مالك والشافعي: لا يحنث إلا بدخول دار بملكها.

[للمالك^(١)]: أنه أعلى اللغات^(٢)، وأفصحها، كان^(٣) أولى بالاعتبار، وللشافعي: أن الأصل هو الوضع، وهو الحقيقة.

لنا: أن المتبع عَرْضُ الحالف. ومقصوده. وذلك هو المتعارف ظاهراً، وغالباً^(٤).

-
- (١) في الأصل (المالك) وهو وهم من النسخ، إذا المعنى لا يستقيم بها.
(٢) في ش، ز، ق، ط (أن القرآن على أصح اللغات) بدل (أنه أعلى اللغات) والأولى أصل لما فيها من زيادة إيضاح.
(٣) في ش، ز، ق، ط (فكان) بدل (كان) والأولى أفضل؛ لأن السياق يقتضي وجود الفاء.
(٤) انظر المبسوط ج ٨ ص ١٣٣، والبناء ج ٥ ص ١٦٧ - ١٧١، ومعني المحتاج ج ٤ ص ٣٣٣، والكافي لابن عبد البر ج ١ ص ٤٤٧.

والصحيح عند المالكة أنها تحمل على أربعة أمور:
الأول: النية. الثاني: المثير لليمين. الثالث: العرف. الرابع: مقتضى اللفظ لغة وشرعاً وفي ترتيبها أربعة أقوال: ورجح ابن جزى الترتيب المذكور، فينظر أولاً إلى النية، فإن عدت نظر إلى السبب المثير، تم إلى مقتضى اللفظ، وقيل: ينظر إلى النية، ثم إلى مقتضى اللفظ، ولا يعتبر العرف، ولا السبب المثير. (انظر القوانين الفقهية ص ١٠٨).

كتاب الحدود

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١١٥٣- قال (أبوحنيفة): إذا استأجر امرأة ليزني^(١) بها^(٢)؛ لا يحد^(٣).

وقال أبو يوسف ومحمد: يحد^(٤).

لهما: أن منافع البضع لا تملك بالإجارة، فصار وجود الإجارة، وعدمها بمنزلة، كما لو أعطاهما مالاً من غير شرط.

له: أن امرأة استسقت راعياً^(٥) فأبى أن يسقيها حتى تتمكن من نفسها، ففعلت، فدرأ عمر بن الخطاب الحد عنها^(٦)، وقال: ذلك مهرها^(٧). والمعنى: أن^(٨) الإجارة تمليك المنفعة، ومنافع البضع منفعة،

(١) في ش (فرنى) بدل (ليزني) وتؤديان إلى المعنى.

(٢) في ز، ق، ط زيادة (فرنى بها) وهذه الزيادة تكمل المعنى إذ الإجارة فقط دون القيام بعمل الربا لا توجب الحد.

(٣) في ق (لا يجب الحد) بدل (لا يحد) والمعنى واحد.

(٤) وانظر المبسوط ج ٩ ص: ٥٨، وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص: ٢٩، وتبين الحقائق ج ٣ ص ١٨٤.

(٥) في ز، ق، ط زيادة (لبناً) وهي زيادة صحيحة.

(٦) في ز، ط (عنهما) بدل (عنها) والثانية هي الصواب، لأن الحد يدرأ عن المرأة فقط، أما الرجل فإن هذا لا يدرأ الحد عنه دل عليه ما روي: أن عبداً كان يقوم على رقيق الخمس، وأنه استكره جارية من ذلك الرقيق، فوقع بها فجلده عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ونقاه ولم يجلد الوليدة؛ لأنه استكرهها. (السنن الكبرى كتاب الحدود، باب من زنى بامرأة مستكرهة، ج ٨ ص ٢٣٦)

(٧) رواه البيهقي، ولكن ليس فيه قوله (وقال: ذلك مهرها)، كتاب الحدود، باب من زنى بامرأة مستكرهة، ج ٨ ص: ٢٣٦.

(٨) في ش (ولأن) بدل (والمعنى أن) والمعنى واحد.

فيملك^(١) على سبيل الشبهة^(٢)

١١٥٤- قال (أبوحنيفة): أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فزكاهم المَزْكُون، وقالوا، هم أحرار، فرجم^(٣)، ثم وجد أحدهم عبداً؛ ضمن المزكون وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمنون^(٤).

لهما- أنهم^(٥) يثبتون شرط الحجة، وهي العدالة، فصار كشهود الإحصان. له: أن الشهادة تصير حجة بالتركية، فكان في معنى علة العلة، فيضاف الحكم إليها، بخلاف الإحصان؛ لأنه شرط محض. وعلى هذا الخلاف^(٦): اشتراط الذكورة في المزكي، والمعنى ما مر^(٧): أنه علة [عنده]^(٨) وعندنا: شرط.

١١٥٥- قال (أبوحنيفة): لو شهدوا على غير محصن^(٩) بالزنا، فجلده القاضي، فمات، ثم وجد، بعضهم عبداً؛ لا ضمان على أحد، وكذا لو جرحه^(١٠) السياط.

(١) في ط (فتملكه) بدل (فيملك) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) في ز، ط زيادة (تمامه عرف في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة فيها إشارة إلى مكان الخلاف. انظر مختلف الأصحاب، الورقة ١٤٦.

(٣) (فرجم) سقطت من ش، وذكرها أفضل لاكتمال المعنى.

(٤) انظر البناية ج ٤ ص ٤٥٢، وفتح القدير ج ٥ ص ٧١، والمبسوط ج ٩ ص ٦٠، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٩٤، إلا أنه ذكر في المبسوط أن المَرَكِينَ إنما يضمنون عند أبي حنيفة إذا رجعوا عن التزكية وقالوا تعمدنا، أما عند أبي يوسف ومحمد فلا ضمان عليهم، ولكن الدية في بيت المال - في الوجهين - جميعاً.

(٥) في ش (أن الشهود) بدل (أنهم) والأولى توضيح المعنى أكثر.

(٦) في ق، ط زيادة (إذا رجع المزكون عن التزكية، وعلى هذا) وهذه الريادة مطلوبة؛ لأن الخلاف في المسألة حول هذا.

(٧) في ز (لما مر) بدل (المعنى ما مر) والأولى أفضل لمناسبة سياق الكلام.

(٨) سقط ما بين القوسين من الأصل، والعبارة لا تكتمل بدونه.

(٩) الإحصان نوعان: إحصان قذف، وإحصان رجم، فأما إحصان الرجم، هو أن يكون المرجوم حرّاً، عاقلاً، بالغاً مسلماً، قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً، ودخل بها، وهما على صفة الإحصان، وأما إحصان القذف: هو أن يكون المَقْدُوف حرّاً، بالغاً، مسلماً، عفيفاً عن فعل الزنا. (البناية ج ٥ ص ٤٧٥، ٤٨٢).

(١٠) في ز، ق، ط (جرحته) بدل (جرحه) والسياط لفظ مؤنث والأولى أنسب لها.

وقال أبو يوسف ومحمد: تجب دية النفس، وضمان النقصان في بيت المال^(١).

لهما: أن التلف حصل بخطأ القاضي في الجلد، فيجب ضمه في بيت المال، كما في^(٢) الرجم.

له: أن الحد^(٣) شرع غير متلف، والتلف حصل بخرق الحلال، أو إضعاف المحل، فلم يكن مضافاً إلى الإمام ولا يضمن الجلد^(٤)، لأنه مأمور بأصل الحد.

وعلى هذا الخلاف، لو رجع: الشهود، لا يضمنون عند أبي حنيفة. وعندهما: يضمنون.

١١٥٦- قال (أبو حنيفة): أربعة شهدوا على رجل بالزنا بامرأة، ثم شهد أربعة آخرون على الشهود أنهم هم الذين زنوا بها؛ لم يحد للشهادة^(٥) عليه بالإجماع؛ لأن الشهود جرحوا. ولا يحد الشهود الأولون عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يحدون^(٦).

لهما: أنه ثبت زناهم بشهادة الأربعة.

له: أن قول الفريق الثاني: هم الذين زنوا بها، إثبات زنا الشهود، مقام زنا الأول. [أي]^(٧) أنهم فعلوا ذلك، لا الأول، كما يقال: زيد دخل هذه الدار فيقول آخر: عمرو هو الذي دخل. فقد^(٨) ثبت زنا الأول من وجه لأن

(١) انظر المبسوط ج ٩ ص ٦٣، والثانية ج ٥ ص: ٤٤٦ وفتح القدير ج ٥ ص ٦٦، ٦٧.

(٢) في ط (كالرجم) بدل (كما في الرجم) والثانية أقوى في أداء المعنى.

(٣) في ز (الجلد) بدل (الحد) والثانية أقرب في الدلالة لمعنى.

(٤) في ز (الحداد) بدل (الجلاد) والثانية أنسب لأداء المعنى. وفي ق، ط زيادة (أيضاً) ولا تؤدي إلى تمييز المعنى.

(٥) في ز، ق، ط (المشهود عليه) بدل (للمشاهدة) والأولى أنسب لأداء المعنى؛ لأنه اسم المفعول الذي وقعت عليه الشهادة.

(٦) انظر المبسوط ج ٥ ص ٦٦، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٩١.

(٧) ما بين القوسين سقط من الأصل، والأفضل إثباتها، لأن أي مفسرة وفي ط (أي هم) بدل (أي أنهم) وكلاهما يؤيدان إلى معنى واحد.

(٨) في ش، ز، ق، ط (وقد) بدل (فقد) والثانية أنسب للمعنى.

شهادة الفاسقين^(١) شهادة^(٢)، والقضاء بها نافذ، وإذا ثبت زنا الأول من وجه، انتفى زنا^(٣) الثاني، وهو زنا الشهود من وجه، فلا يوجب الحد بالشبهة.

١١٥٧- قال (أبو حنيفة): أربعة شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة، فقال اثنان: أنها طاوغة. وقال اثنان: أنه استكرهها^(٤)؛ لاحد عليهما^(٥) عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يحد الرجل دون المرأة^(٦).
لهما: أنهم اتفقوا على زنا موجب للحد في حق الرجل^(٧)، وإن اختلفوا في جانب المرأة.

له: أنهم شهدوا على فعلين مختلفين؛ لأن اثنين منهم شهدوا على زنا يوجب^(٨) الحدين^(٩). واثنان^(١٠) شهدا على زنا يوجب حدًا واحدًا.

١١٥٨- قال (أبو حنيفة): إذا ضرب القاذف بعض الجلد^(١١) لم تبطل شهادته في ظاهر الرواية، ما لم يضرب تمام الحد. وهو قولهما^(١٢). وروى عن أبي حنيفة: أنها^(١٣) تبطل بإقامة أكثره. وروى عنه^(١٤) رواية أخرى، أنها تبطل

-
- (١) في ش، ز، ق (الصاق) وفي ق (الفاسق) بدل (الفاسقين) والمعنى واحد.
(٢) في ط زيادة (من وجه) وهي توضيح المعنى.
(٣) في ز، ق، ط (الزنا) بدل (زنا) والأولى أنسب لسياق الكلام.
(٤) في ط زيادة (على ذلك) والكلام واضح بدونها.
(٥) في ط (لا يحد واحد منهما) بدل (لاحد عليهما) والمعنى واحد.
(٦) انظر المسرط ج ٩ ص ٦٧، والبنية ج ٥ ص ٤٣٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٦١، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨٩.
(٧) في ز، ش، ط (في حقه) بدل (في حق الرجل) والثانية أقوى في أداء المعنى.
(٨) في ز (موجب) بدل (يوجب) والثنية أنسب لسياق الكلام.
(٩) في ش، ز، ط، (حدين) بدل (الحدين) والأولى أنسب للمعنى.
(١٠) في ط (اثنين) بدل (اثنان) والأولى أفضل؛ لأنها معطوفة على اسم إن.
(١١) في ش، ز، ق، ط (الحد) بدل (الجلد) والأولى أنسب لأداء المعنى.
(١٢) (وهو قولهما) سقطت من ش، ز، ق، ط. وإثباتها أفضل لمعرفة أن هذا القول مجمع عليه عند الثلاثة.
(١٣) في ش، ز، ق، ط (أنه) بدل (أنها) والثانية أنسب؛ لأن الضمير فيها يعود على مؤنث وهو الشهادة.
(١٤) في ط زيادة (في) والمعنى واحد مع إثباتها وعدمه.

بشرط واحد^(١).

وجه هذه الرواية^(٢): أن الله تعالى أمر برد الشهادة عند المحر عن إقامة أربعة شهداء، والمحر يثبت بتعجيز القاضي، فإذا ضربه سوطاً [طهر]^(٣) عجزه، فترد شهادته.

وجه الرواية الأولى: رد الشهادة يثبت بضرب الكل^(٤)، والأكثر يقوم مقام^(٥) الكل.

وجه ظاهر الرواية: أن رد الشهادة حكم الجلدات التي هي حد، وأنها لا تجزأ من حيث هو حد، فيتعلق الحكم بآخره.

١١٥٩ قال (أبو حنيفة): إذا قال الرجل: زني بهذه، فقالت: مازني بي؛ فلا حد عليهما.

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الحد^(٦).

لهما: أن إقرار الرجل على نفسه صحيح، وإن لم يصح على المرأة وصار كالإقرار بالزنا بغائبة، وكما لو قالت الحاضرة: استكرهني^(٧).

له: أن الزنا واحد، وقد انعدم في حقها بتكذيبها، فيورث شبهة العدم في حقه وعلى هذا: إذا قالت: زني بي، وهو يكذبها، لا يحدان عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد: تحد هي.

(١) لأبي حنيفة في هذا ثلاثة أقوال:

الأول: وهو في ظاهر الرواية كقول أبي يوسف ومحمد.

الثاني: إذا أقيم عليه معظم الحد تسقط شهادته.

الثالث: إذا ضرب سوطاً واحداً تسقط شهادته.

(المبسوط ج ٩ ص ٧٠).

(٢) في ش، (الرواية الثانية) بدل (هذه الرواية) والمعنى واحد.

(٣) سقطت من الأصل ولا يكتمل المعنى بدونها.

(٤) في ط (أن رد الشهادة يثبت بالكل) بدل (رد الشهادة يثبت بضرب الكل) والمعنى واحد.

(٥) في ز (ولالأكثر حكم الكل) بدل (والأكثر يقوم مقام الكل) والمعنى واحد.

(٦) انظر السوط ج ٩ ص ٩٨، والبنية ج ٥ ص ٤٢٤، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٢، ٥٣.

وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨٥.

(٧) انظر المبسوط ج ٩ ص ٩٩.

ولو قال الرجل، صدقت، أخذت المرأة؛ لأنه ثبت زناها، لكن لا يحد الرجل؛ لعدم الإقرار أربع مرات^(١).

١١٦٠- قال (أبو حنيفة): لا يجب حد الزنا باللوطة بعبده، وجاريته، وزوجته، والأجنبية^(٢).

وقال أبو يوسف ومحمد: فيها حد الرنا^(٣).

لهما قوله - ﷺ -: «اقتلوا الفاعل والمفعول به»^(٤). ولأن الصحابة أجمعوا على حذوه، لكنهم اختلفوا في وجوه الحد. قال بعضهم: يحبسان في أنثن المواضع حتى يموتا، وقال بعضهم: يهدم عليهما الحدار^(٥). وقال أبو بكر - رضي الله عنه - يحرق بالنار^(٦). وقال ابن عباس - رضي الله عنه -: ينكس من مكان مرتفع^(٧). وقال علي - رضي الله عنه: حذوه حذو الزنا^(٨).

(١) لأن عند الحنفية يشترط الإقرار أربع مرات في مجالس مختلفة لإثبات الزنا الموجب للحد، على خلاف الشافعي الذي يرى أنه يكفي الإقرار مرة واحدة.

(نظر الجامع الصغير ص ٢٣٠، والبنية ج ٥ ص ٤٦١، والمسألة ١١٩٥).

(٢) في ز، ق، ط زيادة (والأجنبي والأجنبية) وهي زيادة صحيحة؛ لأن الحكم في المسألة هنا يشمل الذكر الأجنبي والأجنبية (انظر البنية ج ٥ ص ٤٠٨).

(٣) انظر الجامع الصغير ص ٢٣٠، والميسوط ج ١ ص ٧٧، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٣، البنية ج ٥ ص ٤٠٨، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨١.

(٤) رواه أبو داود عن ابن عباس مرفوعاً. كتاب الحدود، باب فيمن عمل عمل قوم لوط، حديث رقم ٤٤٦٢، ج ٤ ص: ١٥٨. والترمذي عن ابن عباس أيضاً في كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي حديث رقم ١٤٥٦، ج ٤ ص ٥٧، وقال الترمذي: في إسناده مقال. وابن ماجه عن ابن عباس أيضاً، كتاب الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط، حديث رقم ٢٥٦١، ج ٢ ص ٨٥٦، ورواه الحاكم أيضاً عن ابن عباس، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه. كتاب الحدود، باب من وحدتموه يأتي بهيمة، ج ٤ ص ٣٥٥. والبيهقي، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، ج ٨ ص ٢٣٢.

(٥) انظر تبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨١.

(٦) رواه البيهقي، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، ج ٨ ص ٢٣٢.

(٧) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في اللوطي يحد كحد الرنا. ج ٩ ص ٥٢٩، حديث رقم ٨٣٨٦.

(٨) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ج ٩ ص ٢٣٠، والبيهقي في السنن الكبرى ج ٨ ص ٢٣٢.

له: أن اللواط لا تساوي الرنا في كونه إضاعة الولد^(١) في إفساد^(٢) الفرائش، فلا يساويه في الحد، كوطء البهيمة.

والأحاديث محمولة على السياسة، وقد عرف في الخلاف^(٣).

١١٦١. قال (أبو حنيفة): إذا تزوج ذوات محارمة^(٤) من نسب أو رضاع، أو مصاهرة، مع علمهما بتحريم ذلك، بحضور شاهدين^(٥) ووطئها^(٦).

قال: أبو حنيفة: لا يحد. ويثبت نسب الولد، ولها المهر والعدة^(٧).

وقال أبو يوسف ومحمد: وهو قول الشافعي^(٨): يحد، ولا يثبت نسب الولد، ولا مهر لها، ولا عدة عليها^(٩).

وعلى هذا الخلاف: المطلقة ثلاثاً^(١٠)، ومعتدة الغير، ومنكوحة الغير. وأجمعوا على أنه إن لم يعلموا تحريم ذلك، أنه يثبت نسب الولد، ولها

(١) في ط (للولد) بدل (الولد) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٢) في ش، ز، ق، ط (وإفساد) بدل (في إفساد) والأولى أنسب للمعنى.

(٣) في ط (وقد عرف تمامه في المختلف) بدل (وقد عرف في الخلاف). والأولى أنفضل بما فيها من وضوح الإشارة إلى مكان الخلاف. انظر المختلف الورقة ١٤٧.

(٤) في ش، ز، ق، ط (بمحرمة) بدل (ذوات محارمة) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٥) من قوله (من نسب ... إلى . بحضور شاهدين) سقط من ش، ز، ق، ط والإتيان أنفضل لما فيها من إيضاح وفائدة.

(٦) في ز (ودخل بها) بدل (ووطئها) والثانية أنفضل، لأنها أدق في الدلالة على المراد. وفي ش، ز، ق، ط زيادة (وعلم بالحرمة) وهي تناسب ما جاء في هذه النسخ لسقوط الجملة السابقة منها.

(٧) قوله (ويثبت نسب الولد، ولها المهر والعدة) سقطت من ش، ز، ق، ط وذكره أنفضل لاكمال الحكم في المسألة. (انظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤).

(٨) (وهو قول الشافعي) سقط من ز، ش، ق، ط، وإثباته أنفضل لمعرفة قول الشافعي. (انظر البناية ج ٤ ص ٤٠٥).

(٩) قوله (ولا يثبت نسب الولد، ولا مهر لها، ولا عدة عليها). سقط من ش، ز، ق، ط. والأفضل ذكره لاكمال الحكم. انظر المبسوط ج ٩ ص ٨٥، وثيبين الحقائق ج ٣ ص ١٧٩، والبناية ج ٥ ص ٤٠٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٠.

ويرى أبو حنيفة أنه يوجب ضرباً، ولكن ليس بطريق الحد.

(١٠) في ش، ز، ق (الثلاث) بدل (ثلاثاً) والثانية أنفضل معنى وأسلوباً.

المهر، والعدة، ولا يحدان^(١).

لهما: أنه وطء حرام محص، فكان زنا.

له: أنه وطء تمكنت فيه شبهة الحل، لوجود العقد الموضوع للملك، مضافاً إلى محل قابل لمقاصد النكاح حقيقة. والوطء مع الشبهة لا يوجب الحد، كما إذ وطء أمته، وهي أخته من الرضاعة^(٢).

١١٦٢- قال (أبو حنيفة): الشاهدان على القذف إذا اختلفا في الزمان أو المكان، تقبل شهادتهما.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تقبل^(٣).

لهما: أنه وجد من كل واحد منهما إقرار وإنشاء^(٤)، وهما^(٥) غيران، وليس على كل واحد منهما شاهدان، ولا يمكن جعل أحدهما إنشاء، والآخر إقراراً، لأن الإنشاء أن يقول: زني، أو أنت زان، والإقرار أن يقول: قذفتك بالزنا، وهما لا يتفقان.

له: أن هذه شهادة قامت على القول^(٦)، وأنه يتكرر، فصار كالطلاق، والبيع، والإقرار.

والجواب عما قال^(٧): أنه^(٨) يحتمل أن أحدهما سمع الإنشاء والآخر^(٩):

(١) من قوله (وأجمعوا على أنه ... إلى ... ولا يحدان) سقط من ش، ز، ق، ط وإثباته أفضل لريادة الإصحاح والتفصيل.

(٢) في ط زيادة (وقد عرف تمامه في المختلف) وهذه الزيادة مفيدة؛ لأن فيها إشارة لموضع الخلاف، انظر المختلف الورقة (١٤٧)

(٣) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٠٨.

(٤) في ش، ز، ق، ح، ط، أ (إن كل واحد منهما إن كان إنشاء) بدل (أنه وجد من كل واحد منهما إقرار وإنشاء) والثانية أفضل؛ لأنها أوضح

(٥) في ز (فهو) وفي ح، ق، ط (فهما) بدل (وهما) وكل لفظة تناسب سياق ما جاء في النسخة التي وردت فيها.

(٦) في ح (القول) بدل (القول) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ش (قالا) وفي ق (قاله) بدل (قالا) والأولى والثالثة أنسب للمعنى. وفي ط (عن قولهما) بدل (عما قالا) والمعنى واحد.

(٨) في ط (قلنا) بدل (أنه) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٩) في ط زيادة (سمع) وهي توضيح المعنى أكثر.

الإقرار، وثبت عندهما قذفه، فشهدا به.

١١٦٣- قال (أبو حنيفة): إذا مس أجنبية بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم تزوجها أمها، أو ابنتها، فوطئها؛ لا يسقط إحصانه، حتى أن قاذنه يحد. وقال أبو يوسف ومحمد: يسقط^(١).

لهما: أن هذا الوطء حرام عندنا.

له: أنه كثيرًا من الفقهاء قالوا: لا تحرم بهذا، والنكاح صحيح، فلا يسقط إحصانه.

(١) في ز، زيادة (يسقط إحصانه) وهي توضح للمعنى. والأصل عند الحنفية أن حرمة المصاهرة، بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة سواء أكان في ملك، أو في غير ملك، كذلك إذا نظر إلى فرجها بشهوة تثبت به الحرمة، وذلك لأن الحرمة تبس على سبيل الاحتياط، فيقام السبب الداعي إلى الوطء مقام الوطء احتياطًا. (انظر اسبوط ج ٤ ص ٢٠٦، ٢٠٧ وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٠٦، والبتاية ج ٥ ص ٥٠٧. وفتح القدير ج ٥ ص ١٠٥).

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١١٦٤- قال (أبيوسف): المسلم إذا تزوج امرأة نصرانية، فدخل بها، ثم أسلمت، يكونان محصنين، وإن لم يدخل بها بعد الإسلام.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يكونان محصنين، ما لم يدخل بها في الإسلام^(١).

له: أن وطء الكتابية مرغوب فيه، كوطء المسلمة^(٢) من حيث هو قضاء الشهوة، ومن حيث هو استدلال بها^(٣)، فأكمل زاجراً، وبه يثبت الإحصان.

لهما: قوله - ﷺ - لكعب بن مالك حين أراد أن يتزوج كتابية: «دعها فإنها لا تحصنك»^(٤). ولأن في الرغبة إليها نكاحاً، ووطئها خللاً، فصارت كالأمة، والمجنونة.

١١٦٥- قال (أبيوسف): الحدود كلها تجب على المستأمن، إلا حد شرب الخمر.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجب^(٥) إلا حد القذف.

فحد الشرب^(٦) لا يجب عليه بالإجماع؛ لأنه يراه حلالاً، وحد القذف

(١) انظر المسروط ج ٩ ص ٤١، والنهاية ج ٥ ص ٣٧٩، ٣٨٠، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٥

(٢) (كوطء المسلمة) سقط من ز، ش، ق، ط، ولا بتغير المعنى سقطها.

(٣) أي على إحصانة وعدم حاجته إلى الزنا.

(٤) رواه الدارقطني، كتاب الحدود والديات، حديث رقم ٢٠١، عن كعب بن مالك أنه أراد، أن يتزوج يهودية، أو نصرانية فسأل النبي - ﷺ - فنهاه عنها، وقال إنها لا تحصنك. وقال الدارقطني: «إن أبي مريم ضعيف، وعلي ابن أبي طلحة لم يدرك كعباً». وعلى هذا فالحديث ضعيف ومقطع. ج ٣ ص ١٤٨، والبيهقي، كتاب الحدود، باب من قال من أشرك بالله فليس بمحصن، ج ٨ ص ٢١٦، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب الرجل يتزوج المرأة من أهل الكتاب، ثم يُفْجَر، حديث رقم ٨٨٠١، ج ١٠، ٦٧، والمسألة من ١١٣٩ - ١١٦٤، خرم في نسخة ح.

(٥) في ش، زيادة (عليه حدًا) وفي ط زيادة (عليه) والمعنى واضح بدونها.

(٦) في ش، (شراب الخمر) بدل (الشرب) والأولى أوضح من الثانية وفي ق زيادة (والمدف)

يجب^(١) بالإجماع؛ لأن فيه حق العبد، وحد الزنا والسرقه عند أبي يوسف: يجب.

وعند أبي حنيفة ومحمد: لا تجب^(٢).

له: أنه بمنزلة الذمي، ولهذا يؤخذ بالقصاص، وحد القذف.

لهما: أنه لا يلزمه إلا ما التزم، وهو التزم حقوق العباد [ضرورة]^(٣) التمكن من الرجوع، لا حقوق الله تعالى^(٤): وستن على هذا مسائل منها:

إذا زنى حربي مستأمن بذمية، أو مسلمة، عند أبي حنيفة: تحد المرأة، دون الرجل، وعند أبي يوسف: يحدان. وعند محمد: لا يحدان^(٥). ومنها: الحربي المستأمن إذا زنى بالحربية المستأمنة^(٦)، فلا حد عليهما عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يحدان^(٧). ومنها: لو زنى^(٨) مسلم، أو ذمي بمستأمنة، فعلى الرجل وحده الحد، عند أبي حنيفة ومحمد: وعند أبي يوسف: يحدان^(٩).

فالحاصل أن المستأمن، والمستأمنة عند أبي حنيفة: بمنزلة الغائب والغائبة؛ لأنه زنا، وحرام في نفسه، وامتناع الحد لمانع في الغائب والغائبة، بخلاف المجنون^(١٠)؛ لأن فعله ليس بزنا.

ولا معنى لهذه الريادة، لأنها ذكرت في سياق الحملة بعدها.

- (١) في ط زيادة (عليه) وهي زيادة توضيح المعنى أكثر.
- (٢) انظر المبسوط ج ٩ ص ٥٦، والبنية ج ٥ ص ٤١٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٨، ٤٩، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨٣.
- (٣) في الأصل (ضرورة) والمعنى لا يستقيم بها.
- (٤) أي لم يلتزم حقوق الله.
- (٥) انظر المصادر السابقة.
- (٦) في ش، ز، ح، ق، ط (بحرية مستأمنة) بدل (بالحرية المستأمنة) والمعنى واحد.
- (٧) انظر المصادر السابقة.
- (٨) في ش، ز، ح، ق، ط (ولو زنى) بدل (ومنها لو زنى) والمعنى واحد.
- (٩) انظر المبسوط ج ٩ ص ٥٧.
- (١٠) في ز، ط زيادة (والمجنونة) وهي توضح أن الأنثى داخلة في الحكم.

وعند أبي يوسف: بمنزلة الذمي، والذمية
وعند محمد: بمنزلة المجنون والمجنونة؛ لأن فعلهما غير موجب للحد،
كفعل المجنون والمجنونة^(١).
١١٦٦- قال (أبيوسف): تفرق الجلدات على الأعضاء، ما خلا الوجه والفرج،
ويضرب الرأس.
وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يضرب الرأس^(٢) أيضًا^(٣).
له: ماروي عن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه قال: «اضربوا الرأس، فإن
الشيطان يدخل فيه»^(٤). وعن علي - رضي الله عنه أنه قال: «أتق الوجه
والمذاكير»^(٥) ولم يستثن الرأس.
لهما: أن الحد شرع زاجراً، لا متلفاً، والضرب على الرأس متلف طاهر؛
لأنه مجمع الحواس، وموضع العقل.
وأما حديث أبي بكر، روي أنه كان المصروب حريئاً، ودمه مباح، فلا يتحرز
عن التلف، ولأنه يحتمل أنه كان تعزيراً بشيء لا يخاف^(٦). وأما حديث^(٧)
علي، قلنا: استثناء الوجه المذاكير واستثناء الرأس، دلالة .
١١٦٧- قال (أبيوسف): أربعة شهدوا على رجل بالزنا، وهو محصن، ثم غابوا،
لا يرجم مالم يحضروا - بالإجماع - في ظاهر الرواية.
وعن أبي يوسف: أنه يرجم، ولا يتنظر حضورهم^(٨).

(١) انظر المصادر السابقة.

(٢) (الرأس) سقط من ط والإتبات أفضل لإيضاح المعنى.

(٣) انظر الجامع الصغير ص ٢٣٥، والبنية ج ٥ ص ٣٦٥، وفتح القدير ج ٥ ص ١٨، ١٩.

(٤) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في الرأس يضرب في العقوبة، حديث
رقم ٩٠٨٢، ج ١٠ ص ١٥١.

(٥) رواه ابن أبي شيبة، في مصنفه، كتاب الحدود، باب ما جاء في الضرب في الحد، حديث
رقم ٨٧٢٤، ج ١٠، ٤٨، ٤٩. والبيهقي كتاب الحدود، باب ما جاء في صفة السوط
ولضرب ج ٨ ص ٣٢٧.

(٦) في ق زيادة (مه التلف) وفي ط زيادة (عليه) وهي زيادات تكمل المعنى وتوضح المراد.

(٧) في ش، ز، ق، ط (وحديث) بدل (وأما حديث) والمعنى معهما واحد.

(٨) الحاصل عند الحنفية أن الذي يبدأ بالرجم هم الشهود، خلافاً للشافعي الذي يرى أن بدء

له: أن العيبة لا تبطل الشهادة، وبداية الشهود شرط عند حضرته، لا عند غيبتهم.

وجه ظاهر الرواية، أن بداية الشهود، شرط بآثار الصحابة، فيترقب على حضورهم، وبدايتهم.

١١٦٨- قال (أبويوسف): لا بأس بتلقين الشهود^(١) في غير الحدود. وعند أبي حنيفة ومحمد: يكره^(٢).

له: أنه يحتاج إليه؛ لأن مهابة مجلس القضاء مانعة. لهما: أن ضرب مئيل، فيكره.

١١٦٩- قال (أبويوسف): إذا وطئ صغيرة، لا تُشْتَهَى، فأفضاها^(٣) تشت حرمة المصاهرة.

الشهود بالرحم لا يشترط اعتبارًا بالجلد، وحجة الحنفية أن الشاهد إذا تجاسر الشهادة، استعظم المباشرة، فيأبى أن يرجم، أو يرجع عن شهادته، فكان هذا نوع احتيال لغير الحد. ولذلك عندهم إذا أباي الشهود البدء في الرجم سقط الحد. وأما إذا غاب أحدهم، أو غابوا جميعًا أو ماتوا، أو مات أحدهم، أيضًا يتوقف الرجم عند الثلاثة بالإجماع - وهذا في ظاهر الرواية - وروي عن أبي يوسف أنهم إذا امتنعوا، أو غابوا أو ماتوا رجم الإمام، ثم الناس. (انظر تبين الحقائق ج ٣ ص ١٦٨، والمبسوط ج ٩ ص ٥١).

(١) في (الشهادة) بدل (الشهود) والثانية أفضل؛ لأن التلقين يكون للشهود، وليس للشهادة. والتلقين هو أن يقول للشاهد أتشهد بكذا وكذا. (البيان ج ٧ ص ٢٩).

(٢) ولكن رأي أبي يوسف هنا إذا لم تكن هناك تهمة، وسبب أخذ أبي يوسف بهذا أنه ابتني بالقضاء، فرأى ما بالشهود من الحصر عند أداء الشهادة بالحق؛ لأن لمجلس القضاء عيبة، ومن لم يعتاد التكلم في مثل هذا الموقف يتعذر عليه أن يبين الشهادة إذا لم يمنه القاضي. انظر المبسوط ج ٦ ص ٨٧، والبيان ج ٧ ص ٢٩، وفتح القدير ج ٦ ص ٣٧٤، (ولا أنهم لم ينصوا في رأي أبي يوسف على الحدود خاصة، بل نصوا على أن ذلك جائز عند أبي يوسف في غير موضع التهمة).

(٣) الإفضاء أن يجعل مملوكها واحد. وهذا مملوك البول ومملك دم الحيفر والمسر، والمرأة المفضاة هي التي التقى مملوكها بزوال الجلدة التي يسهما، وهو مشتم من المصحاء. وهي المفارة الراضعة. (طلعة الطلبة ص: ١٥٥).

وقال أبوحنيفة ومحمد: لا تثبت^(١).
 له: أنه وطء في القبل، فيوجب حرمة المصاهرة، كوطء الكبيرة التي
 تُشْتَهَى.
 لهما: أنه ليس بسبب للولد^(٢)، فأشبه اللواط، بخلاف الكبيرة؛ لأنه^(٣)
 يحتمل^(٤) العلوق.
 ١١٧٠- قال (أبيوسف): جارية جئت جنابة فيها قصاص، فزنى بها وَلِيُّ الجنابة،
 ثم دفعت إليه بالجنابة، لم يحد، وهو استحسان. وعلى هذا^(٥) من زنى بأمة
 غيره، ثم اشتراها^(٦).
 وقال أبوحنيفة ومحمد: يحد، وهو القياس^(٧).
 له: أن العارض بعد الوجوب^(٨)، كالمرجود عند وجود السبب، وهو
 كالسارق إذا ملك المسروق قبل الاستيفاء.
 لهما: أنه لم يملك ما يوجب^(٩) الحد بتأوله، وهي منافع البضع المستوفة
 بالزنا، بخلاف السرقة؛ لأنه ملك المسروق بعينه.

(١) انظر المبسوط ج ٩ ص ٧٦، والثانية ج ٤ ص ٦٨، وحاشية الشلي على تبين الحقائق ج ٢ ص ١٠٧.

(٢) في ح (المولد) بدل (الولد) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ش، ز، ط (لأنها) بدل (لأنه) والثانية تناسب الفعل (يحتمل).

(٤) في ز، ط (تحتمل) بدل (يحتمل) والثانية أفضل لمناسبتها لفظة (العلوق).

(٥) في ش، ح، أ، ز، ق، ط (وكذا) بدل (وعلى هذا) والمعنى واحد.

(٦) في ش زيادة (وكذا إذا زنى بامرأة أجنبية ثم تزوجها) وهي زيادة مطلوبة؛ لأن فيها تفصيل مفيد.

(٧) انظر تبين الحقائق ج ٣ ص ١٨٦.

(٨) في ش، ز، ق، ط زيادة (في الحدود) وهذه الريادة خصصت هذه القاعدة بالحدود.

(٩) في، ط، ق (ما وجب عليه) بدل (ما يوجب) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١١٧١- قال (محمد): إذا شهد الشهود على رجل محصن بالرنا، ففضى القاضي بالرجم، فرجع واحد منهم قبل الرجم، هو كالرجوع بعد الإمضاء، ويحد الراجع خاصة - وهو قول زفر.

وقال أبو حنيفة وأبي يوسف: هو كالرجوع قبل القضاء، ويحدون جميعاً^(١) حد القذف^(٢).

له: أن القضاء حصل بالشهادة، ورجوعه^(٣) يبطل شهادته في حقه، لا في حق غيره.

لهما: أن الإمضاء في باب الحدود ملحق بالقضاء، فصار كأنه رجع قبل القضاء، ولهذا يلحق أسباب الجرح الحادثة^(٤) بعد القضاء، كالموجودة قبل القضاء، ولو رجع واحد^(٥) قبل القضاء؛ يُحدون، فكذا هذا.

١١٧٢- قال (محمد): إذا قضى القاضي على رجل بالرجم، بالشهود، وقال للناس: ارجموه؛ وسعهم أن يرجموه، وإن لم يعاينوا أداء الشهادة. وروي عن محمد: أنه لا يسعهم ذلك^(٦).

وجه هذه الرواية: أن قول الواحد إذا لم يكن معصوماً ليس بحجة، لاحتمال الكذب^(٧)، ما لم يعاين الحجة.

(١) في ق (ويحد الجميع) بدل (ويحدون جميعاً) والمعنى واحد.

(٢) وكان أبو يوسف يقول أولاً: يحد الراجع خاصة، وهذا هو القياس، وقول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر: استحسان. (انظر المبسوط ج ٩ ص ٤٧، والبنية ج ٥ ص ٤٥٠، وفتح القدير ج ٥ ص ٧٠).

(٣) في ط (وبرجوعه) بدل (ورجوعه) والثانية أنسب إذا كان الفعل بعدها مبتدأ للمجهول.

(٤) في ط زيادة (في الشهود) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٥) (واحد) سقطت من ز، وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى. وفي ق زيادة (منهم) وهي نوصح المعنى.

(٦) انظر المبسوط ج ٩ ص ٦٥، والبنية ج ٥ ص ٤٦١.

(٧) في ش، ز، ق، ط زيادة (فيه) والمعنى واضح بدونها.

وجه ظاهر الرواية: أن الحاجة مست إلى قبول قول القاضي في هذا الباب؛ لأنه لا يقدر على إحضار العوام عند الشهادة والقضاء، وصار^(١) كفون قول النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، وقيل: القصة ثلاثة: عالم عادل، وجاهل جائر، وعادل جاهل، فالأول يقبل قوله مجملًا ومفسرًا^(٢)، والثاني: لا يقبل قوله، لا مجملًا ولا مفسرًا^(٣). والثالث: يقبل قوله مفسرًا^(٤)، لا مجملًا.

١١٧٣. قال (محمد): إذا زنى بصغيرة، فأفضاها، فإن كان إفضاء تستمسك البول، ففيه ثلث الدية؛ لأنه في^(٥) معنى الجائفة، والآمة، وفيها^(٦) ثلث الدية بالخبر، ويجب المهر، ولا يجب الحد، ويعزر، لأنه ليس بزنا، ويجب الغسل؛ لأنه قضاء الشهوة، فإن كانت^(٧) لاتستمسك البول، ففيه كل الدية؛ لأنه اتلف جنس المنفعة، ولا حد عليه، ويعزر، ولا يجب المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال^(٨) محمد: يجب المهر^(٩).

له: أن الدية^(١٠) للإفضاء، والمهر بالوطء، وهما سببان مختلفان، فلا يمنع أحدهما الآخر.

لهما: أنه ضمن بدل المحل، فلا يضمن بدل منافعه، كمن استأجر دارًا، ثم اشتراها؛ سقط^(١١) الأجر بوجوب^(١٢) الثمن، بخلاف ما إذا كان

(١) في ش، ز، ط (فصار) بدل (وصار) والمعنى واحد.

(٢) في ز (مفصلًا) بدل (مفسرًا) والأولى أنب لسياق الكلام؛ لأن الإجمال ضد التعصّل.

(٣) انظر الفقرة السابقة.

(٤) انظر الفقرتين السابقتين.

(٥) في ش (لأنه فيه) بدل (لأنه في) والثانية أفضل لإيضاح المعنى.

(٦) في ش، ز، ق، ط (فيهما) بدل (فيها) والأولى أفضل؛ لأن الضمير فيها يعود على الآمة والجماعة.

(٧) في ط (كان) بدل (كانت) والثانية أفضل؛ لأن الضمير يعود على الصغيرة.

(٨) في ش (وعند) بدل (وقال) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٩) ووجوب المهر هنا عند محمد زيادة على الدية؛ لأن الدية تجب بالاتفاق بين الثلاثة الأصحاب. (انظر تبين الحقائق ج ٣ ص ١٨٧، والمسبوط ج ٩ ص ٧٦).

(١٠) في ح، ق، أ، ط زيادة (تجب) وهي تكمل المعنى وتوضحه.

(١١) في ط زيادة (عنه) وهي توضح المعنى.

(١٢) في ش، ز، ق، ط (لوجوب) بدل (بوجوب) والمعنى واحد.

يستمسك^(١)؛ لأنه لا يضمن كل بدل المحل.

١١٧٤- قال (محمد): فإن^(٢) وطئ كُبيرة مستكرمة، فأفضاها؛ حده، لأنه زنا، والصغيرة إذا لم يفضها وطؤه؛ يحده، لأنه ظهر باحتمالها الوطء أنه زنا. وفي الكبيرة إذا أفضاها وحُدَّ، وكانت لاتستمسك البول؛ فعليه الدية، فإن استمسك^(٣) البول فثلث^(٤) الدية، فإن سقط الحد لشبهة^(٥)، هل يجب المهر؟ فهو على الخلاف الذي مرَّ في الصغيرة^(٦).

١١٧٥- قال (محمد): أربعة شهدوا على رجل بالزنا بفلانة، وأربعة آخرون شهدوا عليه بالزنا^(٧) بامرأة أخرى، ورجم، ثم رجع الفريقان جميعاً؛ ضمنوا ديته، ولا يحدون عند محمد^(٨).

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يحدون^(٩).

له: أن رجوع كل فريق لا يصح في حق الأخرى^(١٠) في إيجاب الحد عليهم.

لهما: أنه لم يبق على الشهادة أحد، وقد أقر كلهم أنهم قذفوا^(١١)، فصار كما لو كانوا أربعة، فرجعوا وعلى هذا الخلاف إذا رجع أكثرهم، وبقي أقل.

(١) في ز (كانت تستمسك) بدل (كان يستمسك) والأولى أفضل؛ لأن الضمير يعود على مؤنث.

(٢) في ط (إذا) بدل (فإن) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٣) في أ، ز، ح (استمسكت) بدل (استمسك) والأولى أفضل؛ لأن الضمير فيها يعود على مؤنث.

(٤) في ق (فعليه ثلث) بدل (فثلث) والمعنى واحد.

(٥) في ش، ق، ط (بشبهة) بدل (لشبهة) والمعنى واحد.

(٦) انظر المسوط ج ٩ ص ٧٥، ٧٦، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨٦، ١٨٧.

(٧) في ط (على الزنا) بدل (عليه بالزنا) والثانية أنسب لاستقامة المعنى.

(٨) (عند محمد) سقطت من ش، ر، ح، ق، ط، أ وعدم ذكرها أفضل؛ لأن الباب باب محمد.

(٩) انظر الناية ج ٥ ص ٤٦١، تبيين الحقائق ج ٣ ص ١٩٣، وفتح القدير ج ٥ ص ٧٥.

(١٠) في ش، ز، ح، ق، أ، ط (الأخر) بدل (الأخرى) والأولى هي الصواب لدلالاتها على مذكر وهو (فريق).

(١١) في ش، ز، ق (قذفه) بدل (قذفوا) والمعنى واحد. وفي ط (وأنه قذفوه) بدل (أنهم قذفوا) والثانية أنسب للمعبرة، والمعنى.

من أربعة.

١١٧٦- قال (محمد). لولد البنت طلب الحد بقذف الجد - في ظاهر الرواية - وعن محمد أنه ليس له ذلك.

وجه هذه الرواية: أن نسبه من قوم آخرين، غير المقذوف.

وجه ظاهر الرواية: أن العار يلحقه كلما يلحق ولد الابن، فكانا سواء^(١).

١١٧٧- قال (محمد): إذا [قال]^(٢) لرجل يازاية، يجب عليه الحد عند محمد.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجب^(٣).

له: أن الهاء في صفة الرجل للمبالغة^(٤)، فكان ادعى إلى إيجاب الحد.

لهما: أن يحتمل أنه أراد به المبالغة، ويحتمل أنه وصفه بزنا المرأة، وهو التمكن من الزنا، وهو محال، فلا يجب الحد بالشك.

١١٧٨- قال (محمد): ولو قال له^(٥) زنأت في الجبل، وقال: عنيت به الصعود، لا يجب^(٦) الحد.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجب^(٧).

له: أنه في اللغة للصعود^(٨). وقد^(٩) عنى حقيقة اللفظ.

(١) راحة محمد هنا أن الولد منسوب إلى أبيه، لا إلى أمه، فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه، وأما في ظاهر الرواية أن النسب يثبت من الطرفين، ويصير الولد به كريم لطرفين، ولو قذف أمه كان له أن يخاصم باعتبار نسبته إليها ليدفع به عن نفسه، فكذا إذا قذف أبا أمه. (انظر المبسوط ج ٩ ص ١١٢ والبنية ج ٥ ص ٤٨٧ وفتح القدير ج ٥ ص ٩٤).

(٢) سقط من الأصل، والإثبات هو الصحيح لاكتمال المعنى.

(٣) انظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤.

(٤) كما يقال: علامة، وفهامه.

(٥) قال له) سقطت من ط والأفضل إثباتها لاكتمال المعنى.

(٦) في ط (عليه) والمعنى واضح بدونها.

(٧) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٢٦، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧، والبنية ج ٥ ص ٤٩٧، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٠٤، فتح القدير ج ٥ ص ١٠٠.

(٨) في ز (الصعود) وفي ط (عبارة عن الصعود) بدل (للصعود) والأخيرة أنسب للمعنى.

(٩) في ش، ط (فقد) بدل (وقد) والثانية أفضل لسلامة الأسلوب.

لهما. أن اللين^(١) قد يهمز، فكان المراد به عند ذلك الزنا، وقد دل الدليل على ذلك من وجهين:

أحدهما: دلالة الحال الداعية إلى القذف^(٢).

والثاني: أنه قال: في الجبل، والصعود يذكر بكلمة (على)، دون كلمة (في): فصار كقوله يا زانيء (بالهمزة).

١١٧٩- قال (محمد): وتقبل الشهادة على شرب الخمر، على من لا يوجد منه ريح^(٣) الخمر، وكذا يحد بإقراره^(٤)، وهو صافي فم^(٥)، ولا يوجد فيه ريح الخمر.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يحد، ووجود الرائحة شرط، إلا إذا جاء المقر من مكان بعيد، أو جاء المشهود^(٦) به من مكان بعيد نزول رائحة الخمر، عند^(٧) ذلك، فلا يشترط؛ لأنه لا يمكن^(٨).

له: ماروي أن عثمان - رضي الله عنه - أقام الحد على الوليد ابن عقبة^(٩) بشهادة شهود، ولم يشترط وجود الريح^(١٠). ولأن ريح^(١١) غير الخمر قد

(١) في ش، ح، ز، ق، ط، أ (الملين) بدل (اللين) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٢) في ز (للقذف) بدل (إلى القذف) والمعنى واحد.

(٣) في ش، (رائحة) بدل (ريح) والمعنى واحد.

(٤) في ق زيادة (به) والمعنى واضح بدونها.

(٥) في ش، ز، ق، ط (صاح) بدل (صافي فم) والأولى أنسب للمعنى.

(٦) في ش، ز، ق (الشهود) بدل (المشهود) والأولى أفضل؛ لأن المعنى يستقيم بها.

(٧) في ش (فعد) بدل (عند) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٨) انظر الجامع الصغير ص ٢٢٧، والبنابة ح ٥ ص ٤٦٣، وتبيين الحقائق ح ٣ ص ١٩٦، وفتح القدير ح ٥ ص ٧٧.

(٩) الوليد بن عقبة ابن أبي معيط، كان ممن أسر يوم بدر، وأسلم وأخوه عمارة يوم الفتح، تولى الكوفة في عهد عثمان، ثم عزله عنها بسبب سكرة، ومات في خلافة معاوية. (الإصابة ج ٣ ص ٦٣٨).

(١٠) في ش (الرائحة) بدل (الريح) والمعنى واحد. والحديث رواه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الخمر، حديث رقم ٣٨، ج ٣ ص ١٣٣١، ورواه البيهقي، كتاب الأشربة والحد فيها باب من وجد منه ريح شراب، أو لقي سكران، ج ٨ ص ٣١٦.

(١١) في ش (ريح) بدل (رائحة) والمعنى واحد.

تشبه ربح^(١) الخمر فلا يمكن اشتراطه .
لهما: أن عمر مرصي الله عنه - كان يشترط ذلك^(٢) . وعن ابن مسعود .
رضي الله عنه - أنه قال في ذلك الرجل : «استكهوه فإن وجدتم رائحة خمر
فاجلدوه»^(٣) . وأما حديث عثمان - رضي الله عنه - فقد روى أنهم جازوا من
مكان بعيد .
وقوله : يشبه ربح^(٤) غيره، قلنا: التمييز ممكن في الجملة، فيشترط .

(١) انظر الفقرة السابقة .

(٢) رواه الدارقطني، كتاب الحدود، حديث رقم ٢٤٦، ٢٤٧، وج ٣ ص ١٦٧، ١٦٨،
واسناده صحيح (التعليق المصني ج ٣ ص ١٦٧)، ولغظه أن عمر جلد رجلاً وجد منه ربح
الحرر الحد تاماً.

(٣) رواه الطبراني بلفظ: «ترثروه، ومزموه، واستكهموه، فترثرو، ومزمو، واستكهم فوجد منه
ريح الشراب، فأمر به عبدالله إلى السجن، ثم أخرجه من الغد، ثم أمر بسوط فدقت
سمرته حتى أصت له محصة، ثم قال للجلاد اجلد . . .».

وقال الهيثمي: «رواه الطبراني، وأبرماجد ضعيف». مجمع الزوائد، كتاب الحدود، باب
الاستنكاه، ج ٦ ص ٢٧٩. وأما قوله: «فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه» قال: الزيلعي
غريب بهذا اللفظ. (نصب الراية ج ٣ ص ٣٤٩).

(٤) في ش، (رائحة) بدل (ربح) والمعنى واحد .

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول أبي يوسف، ولا قول فيه لمحمد

١١٨٠ قال (أبو حنيفة): إذا زنى سجارية غيره، ثم قتلها^(١)، فعليه القيمة والحد
وقال أبو يوسف في الأمالي: عليه القيمة دون الحد^(٢).
لأبي يوسف: أنه يملكها^(٣) بالضمنان، فصار كملك السارق المسروق.
له: أن هذا زنا^(٤) وبالضمنان لم يملك ماوجب^(٥) الحد تناوله، وهو^(٦)
المنافع المستوفاه بالزنا، لما مر من قبل^(٧).

-
- (١) في ش، ز، ق، ط (فقتلها) بدل (ثم قتلها) والمعنى واحد.
(٢) انظر الجامع الصغير ص ٢٣٠، والمبسوط ج ٩ ص ٦٠، البناية ج ٥ ص ٤٢٥، وفتح
القدير ج ٥ ص ٥٣، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨٦.
(٣) في ط (تملكها) بدل (يملكها) وتؤديان إلى المعنى المراد.
(٤) في ز (زاني) بدل (زنا) وتؤديان إلى معنى واحد باعتبار أن المراد بالأولى الفعل، وبالثانية
المرحل.
(٥) في ط زيادة (عليه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
(٦) في ز، ط (وهي) بدل (وهو) والأولى أفضل، لأن المنافع لفظ مؤنث.
(٧) انظر لمسألة (١١٧٠).

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول محمد ولا قول فيه لأبي يوسف

١١٨١- قال (أبو حنيفة): شهود الإحصان إذا قالوا: تشهد^(١) أنه تزوج امرأة مسلمة، حرة، بالغة، عاقلة، ودخل بها؛ ثبت^(٢) إحصانه. وقال محمد: لا يثبت^(٣).
لمحمد: أن الدخول قد يراد به الزنا^(٤)، وقد يراد به الرطء، فكان محتملاً. له: أن الدخول بالمنكوحاة لا يذكر إلا للرطء، وفي غيره يقال: دخل عليه، فلا يكون محتملاً.

-
- (١) في ز (شهدوا) بدل (قالوا تشهد) والمعنى واحد. وفي ط (إذا قال شهود الإحصان تشهد) بدل (شهود الإحصان إذا قالوا تشهد) والمعنى واحد.
(٢) في ر، ش، ق، ط (يثبت) بدل (ثبت) والمعنى واحد.
(٣) وذكر في المبسوط قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة. انظر المبسوط ج ٩ ص ٤٣، وانظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق ج ٣ ص ١٧٣.
(٤) في ش، أ، ز، ق، ط (الرياسة) بدل (الزنا). والاولى أنسب للمعنى. قال في المبسوط: لأنه قد يراد به الرطء، وقد يراد به الملاقة. (ح ٩ ص ٤٣).

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد ولا قول لأبي حنيفة فيه

١١٨٢. قال (أبيوسف): أربعة شهدوا على رجل بالزنا، وقضى القاضي به، ثم أقر هو بدلت مرة، بطلت الشهادة، ولا يحد.
وقال محمد: لا تبطل ويحد^(١).
لمحمد: أن البينة وقعت معتبرة، فلا تبطل إلا بإقرار معتبر، والإقرار مرة غير معتبر في الباب.
لأبي يوسف: أن شرط البينة إنكار الخصم، وقد انعدم^(٢).

(١) (ويحد) سقطت من ط والإثبات أفضل لاكتمال المعنى. وقول أبي حنيفة في هذا كقول أبي يوسف: (انظر البناية ج ٥ ص ٤٦١، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٦٧، وفتح القدير ج ٥ ص ٧٥).
(٢) من قوله (لأبي يوسف) . . . إلى . . . وقد انعدم) سقط من ح. والأفضل الإثبات لمعرفة حجة أبي يوسف.

باب ما تفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١١٨٣- قال (أبو حنيفة): الحربي^(١) إذا زنى بذمية^(٢)، أو مسلمة^(٣) تحد المرأة، دون الرجل^(٤).

وقال^(٥) أبو يوسف: يحدان.

وقال^(٦) محمد: لا يحدان.

وقد مرت المسألة في باب أبي يوسف^(٧) والله أعلم.

(١) في ش، ق، ط زيادة (المستأن) وهي زيادة مطلوبة، لأن الحربي المستأن لا تقام عليه الحدود التي هي لله تعالى حالضاً، كحد الزنا، والسرقة، وقطع الطريق عند أبي حنيفة وأبي يوسف. (انظر المبسوط ج ٩ ص ٥٥).

(٢) في. (بالحرية) بدل (بذمية) والثانية هي المصواب؛ لأن الذمة تقام عليها أحكام المسلمين.

(٣) في ز (أو المسلمة) بدل (أو مسلمة) والمعنى واحد.

(٤) في ح، ق، ط، أ زيادة (عند أبي حنيفة) ولا أثر لها لحدوث التكرار.

(٥) في ش، ز، ق، ط (وعند) بدل (وقال) والمعنى واحد.

(٦) انظر الفقرة السابقة.

(٧) انظر المسألة (١١٦٥)، والجامع الصغير ص ٢٢٩، والبنية ج ٥ ص ٤١٥، ٤١٦.

والمبسوط ج ٩ ص ٥٥، ٥٦. وفتح القدير ج ٥ ص ٤٨، ٤٩.

باب ما قاله زفر

١١٨٤- قال (زفر) الإحصان لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين.

وعندنا: يثبت^(١).

له: أنه شرط في معنى العلة؛ لأنه يوجب تغلظ^(٢) الجنابة فيلحق بالعلة، وهو الزنا في اشتراط الذكورة.

لنا: أنه^(٣) شرط الأهلية^(٤)؛ لأن الزاني^(٥) به يصير أهلاً للرجم، والحكم لا يضاف إلى الأهلية، فكيف يضاف إلى شرطها؟ وقد عرف تمامها في الخلاف^(٦).

وعلى هذا^(٧): إذا رجع شهود الزنا، وشهود الإحصان بعد الرجم.

عندنا: الضمان على شهود الزنا.

وعند زفر: على شهود الزنا والإحصان جميعاً^(٨).

١١٨٥- قال (زفر): إذا شهد أربعة بالزنا، فرجم، فرجموا، أو رجع واحد منهم، لا يجب حد القذف عند زفر^(٩).

وعندنا: يجب. وغرموا كل الدية، وإن رجع واحد منهم، غرم ربع

(١) انظر الجامع الصغير ص ٢٢٨، والمسبوط ج ٩ ص ٤٢. وفتح القدير ج ٥ ص ٧٤،

والثانية ج ٥ ص ٤٥٨، وبيس الحقائق ج ٣ ص ١٩٤.

(٢) في ش، ز، ق، ط (تغليظ) بدل (تغلظ) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٣) أي الإحصان.

(٤) أي أهلية الرجم.

(٥) في ش (المزني) بدل (الزاني) والثانية أنسب للمعنى المراد.

(٦) في ش، ز، ق، ط (تمامه في طريقة الخلاف) بدل (تمامها في الخلاف) وتؤديان لمعنى

واحد. (انظر المختلف الورقة: ١٤٥).

(٧) في ز زيادة (الحلاف) وهي توضيح المعنى.

(٨) انظر المسبوط ج ٩ ص ٤٦.

(٩) (عد زفر) سقطت من ش، ق، ط. ولا يؤثر سقوطها في تغيير المعنى.

الدية^(١).

له: أنه لم يكن قاذفًا حين شهد؛ لأن كلامه وقع شهادة، وبعد ذلك لم يوجد منه القذف؛ لأنه بالرجوع ينفي عنه الزنا.

لنا: أنه صار^(٢) ذلك الكلام قاذفًا في الحال، فصار كالملاعن إذا كذب^(٣) نفسه بعد ما فرق القاضي بينهما؛ يحد وإن كان ينفي القذف للحال.

١١٨٦- قال (زفر): أربعة شهدوا على رجل بالزنا، واختلفوا في المكان، و^(٤) الزمان^(٥) - لم يقبل بالإجماع. ويحدون حد القذف عند زفر. وعندنا: لا يحدون^(٦).

له: أنه متى لم يثبت الزنا بقولهم؛ صاروا قذفة.

لنا: أنهم جاءوا مجيء الشهود، إلا أنهم^(٧) لم تقبل شهادتهم^(٨)، فبقي حكم الشهادة في نفي الحد عنهم.

وعلى هذا: إذا شهد الفاسق^(٩) بذلك، بخلاف الرجل^(١٠) وامرأتين، والعميان، ولعبد، والمحدودين في القذف؛ لأنه^(١١) لاشهادة لهم: أما الفاسق له^(١٢) شهادة.

(١) من قوله (وعرّموا ... إلى ... ربح الدية) سقط من ح، ش، ز، ق، ط. والإنبات أفضل لمعرفة تفصيلات الحكم. انظر المبسوط ج ٩ ص ٤٦، ٤٧، ٤٨، والبنية ج ٥ ص ٤٤٩، وفتح القدير ج ٥ ص ٦٨.

(٢) في ش، ح، ز، ق، ط، أ (صير) بدل (صار) والأولى أنب لياق المسألة.

(٣) في ش، ح، ق، ط، أ (أكذب) بدل (كذب) والمعنى واحد.

(٤) في ش، ر، أ، ح، ط، ق (أر) بدل (و) والأولى أفضل، لأن سياق الكلام يقصد به التخيير.

(٥) في ق (الزمان أو المكان) بدل (المكان أو الزمان) والمعنى واحد.

(٦) انظر المبسوط ج ٩ ص ٦١، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨٩، ١٩٠ والبنية ج ٥ ص ٤٣٨، وفتح القدير ج ٥ ص ٦٢.

(٧) في ش، ز، ح، أ، ق، ط (أنه) بدل (أنهم) والمعنى واحد.

(٨) في ح، ز، ق، ط، أ زيادة (للشبهة) وإثباتها أفضل لمعرفة سبب عدم قبول شهادتهم.

(٩) في ش، ز، ق، ط (الفاسق) بدل (العاسق) والمعنى واحد.

(١٠) في ش، ز، ق، ح، ط (رجل) بدل (الرجل) والمعنى واحد.

(١١) في ط (لأنهم) بدل (لأنه) والمعنى واحد.

(١٢) في ش (فله) بدل (له) والأولى أفضل لوقوع الفاء في جواب أما التخصيلة.

١١٨٧- قال (زفر): إذا زنى بجارية والدته، أو والدته وقال: ظننت أنها تحل لي، يحد^(١) عند زفر^(٢).
وعندنا. لا يحد^(٣).

له: أنه وطء حرام، لا تأويل فيه، فكان زناً، كوطء [جارية]^(٤) الأجنبي.
خلاف جارية الابن، لأن فيه تأويلاً لقوله^(٥) - ﷺ -: «أنت ومالك لأبيك»^(٦).

لنا: أن فيه شبهة اشتباه، لا اعتبار^(٧) كثرة المباعدة. بينهما، فإذا ادعى يعتر.

١١٨٨- قال (زفر): إذا قذف ميتاً، وله ابن، وابن ابن، فغنى الابن؛ ليس^(٨) لابن الابن أن يطالبه بالحد عند زفر^(٩).
وعندنا: له ذلك^(١٠).

(١) مي ز، ق، ط (حد) بدل (يحد) والمعنى واحد.

(٢) (عند زفر) سقطت من ش، ح، ز، ط، أ وعدم ذكرها أفضل؛ لأن الباب باب زفر.

(٣) انظر الجامع الصغير ص ٢٢٨، والبنية ج ٥ ص ٤٠١، والمبسوط ج ٩ ص ٥٢، وفتح القدير ج ٥ ص ٣٨.

(٤) في الاصل (الحارية) وهو وهم من النسخ.

(٥) في ش، ز، ح، ق (بقوله) ومي ز (قوله) بدل (لقوله) والأخيرة أفضل لاشتغالها على اللام المية للسب.

(٦) رواه ابن ماجه عن جابر عن عبدالله مرفوعاً، حديث رقم ٢٢٩١، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن حله مرفوعاً، حديث رقم ٢٢٩٢. كتاب التجارات، باب مال الرجل من مال والده، ج ٢ ص ٧٦٩، وقال الهيثمي عن حديث حابر: (رجاله رجال الصحيح خلا شيخ الطبراني حبوش رزق الله، ولم يصعفه أحد) مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٥٥. ورواه أبو يعلى والبرار والطبراني في الكبير وفي الأوسط عن سمرة، والطبراني في الكبير والأوسط والصغير عن عبدالله بن مسعود، (مجمع الزوائد، كتاب البيوع، باب في مال الولد، ج ٤ ص ١٥٤).

(٧) مي ح، ز، ق، ط، أ (اعتبار) بدل (لا اعتبار) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٨) في ط (فليس) بدل (ليس) والمعنى واحد.

(٩) (عند زفر) سقطت من ش، ز، ح، ق، ط، أ وسقوطها أولى لأن الباب باب زفر، فلا داعي للتكرار.

(١٠) انظر المبسوط ج ٩ ص ١١٢، والبنية ج ٥ ص ٤٨٧، فتح القدير ج ٥ ص ٩٤، ونبيين

له: أن الحق للأقرب، فإذا بطل يطل، كولاية الاعتراض في الكفاءة.
لنا: أن حق المطالبة لما^(١) يلحقه من العار، والعار يلحقه، فكان له حق
المطالبة لما^(٢) يدفعه.
١١٨٩- قال (زفر). رجل قذف رجلاً، فقال آخر: صدقتك^(٣)، خذ الثاني أيضًا.
وعطفنا: لا يحد^(٤).
له: أن تصديق القذف^(٥) قذف^(٦).
لنا: أنه ما ذكر مقنوف^(٧)، فلا يصير قاذماً له. حتى لو قال: صدقت، هو
كما قلت، يحد.

المحقق ج ٣ ص ٢٠٢.

- (١) في ق، ط (بما) بدل (لما) والثانية أنسب للمعنى.
- (٢) في ش، ق، ط، ح، أ، ز (بما) بدل (لما) والأولى أنسب للمعنى.
- (٣) في ش، ح، ق، أ، ز، ق، ط (صدقت) بدل (صدقتك) والأولى أنسب للمعنى، لأنها
تدل على الموافقة في الرأي، وأما الثانية فأنها تدل على أنه لم يكن به.
- (٤) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٢٠.
- (٥) في ز (التصديق) بدل (تصديق القذف) والثانية أكثر وضوحاً من الأولى.
- (٦) في ح (قذفه) بدل (قذف) والثانية أنسب للمعنى.
- (٧) في ش، ح، ط، أ (المقنوف) بدل (مقنوف) والأولى أنسب للمعنى.

باب قول الشافعي خلافا لقول علمائنا

١١٩٠. قال (الشافعي): غير المحصن إذا زنا، وهو حر، يجلد مائة، والمد خمسين، ويُنْفَى سنة.

وعندنا: النفي غير مشروع حُذًا^(١).

له: قوله - ﷺ -: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»^(٢)، وفي حديث

(١) وقال الحائلة بقول الشافعية، واحتجوا بما أورده المؤلف من حديث «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»، وحديث العسيف الذي رواه أبوهريرة، وكذلك ما فعله الحلفاء لراشدين. وردوا على الاحتجاج بحديث علي أنه ضعيف لضعف رواته، وأنه مرسل أيضًا، وردوا على الاحتجاج بحديث عمر أنه قال: «لا أُعْرَب بعده مسلماً» وذلك حينما غرب ربيعة بن أمية بن خلف في الخمر إلى خير، فلحق بهرقل، فتصر، بأنه يحتمل أن تغريبه في الحر الذي أصابته الفتنة فيه. (رواه عبدالرزاق في مصنفه، ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار) انظر نصب الراية ج ٣ ص ٣٣٠. والجواهر النقي ج ٨ ص ٢٢٢.

وأما المالكية فإنهم قالوا يُعْرَب الرجل، ولا تُعْرَب المرأة وهو وقول الأوزاعي. لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة فتحتاج إلى المحرم لقول رسول الله - ﷺ - «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم». رواه البخاري، كتاب لصلاة، باب في كم تقصر الصلاة، ومسلم كتاب الحج، باب سفر المرأة، مع محرم إلى الحج وغيره، حديث رقم ٤١٤، ج ٢ ص ٩٧٥.

وإن غربت بمحرم أفضى هذا إلى تغريب من ليس بزنا، ونفى من لا ديب له ورد كُفِّت أجرته، كان ذلك زيادة على العقوبة التي ورد الشرع بها.

ورد عليهم الشافعية والحنابلة: بأن هذا يحالف عموم الخبر والقياس؛ لأن ما كدر حُذًا في الرجل يكون حُذًا في المرأة، كسائر الحدود.

انظر البناية ج ٥ ص ٢٨٢، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٦، المسبوط ج ٩ ص ٤٤، والمغني لابن قدامة ج ٨ ص ١٦٧، ١٦٨، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٩٨، ٣٩٩، ومعي المحتاج ج ٤ ص ١٤٧، ١٤٨.

(٢) رواه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى، حديث رقم ١٢، عن عبادة بن الصامت مرفوعاً بلفظ: «البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة». ج ٣ ص ١٣١٦، وأبو داود، كتاب الحدود، باب في الرجم، ج ٤ ص ١٤٤، حديث رقم ٤٤١٥. والترمذي، كتاب

الحدود، باب ماجاء في الرجم على الثيب، حديث رقم ١٤٣٤، ج ٤ ص ٤١. وابن
ماجة، كتاب الحدود، باب حد الزنا، حديث رقم ٢٥٥٠، ج ٢ ص ٨٥٢، كلهم عن
عبادة بن الصامت بلفظ مسلم.

(١) العسيف: هو الأجير المستهان. (لسان العرب ج ٩ ص ٢٤٦).

(٢) رواه البخاري، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا، ج ٨ ص ٢٠٨، عن أبي هريرة،
وزيد بن خالد الجهني، ومسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، حديث
رقم ٢٥، ج ٣ ص ١٣٢٤. عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، وأبو داود كتاب
الحدود، باب المرأة التي أمر النبي - ﷺ - برجمها من جهنة، حديث رقم ٤٤٤٥، ج ٤
ص ١٥٣. والترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب، ج ٤ ص ٣٩،
حديث رقم ١٤٣٣. وابن ماجة، كتاب الحدود، باب حد الزنا، حديث رقم ٢٥٤٩، ج ٢
ص ٨٥٢، والنسائي: كتاب آداب القضاة، باب صون النساء عن مجلس الحكم، حديث
رقم ٥٤١٠، ٥٤١١، ج ٨ ص ٢٤٠، ٢٤١. كلهم بلفظ البخاري ومسلم.

(٣) روى البيهقي عن أبي بكر وعمر أنهم جلدوا وغربوا. السنن الكبرى كتاب الحدود، باب
ما جاء في نفي البكر ج ٨ ص ٢٢٢، ٢٢٣. وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود،
باب في البكر والثيب ما يصنع بهما إذا فجرا، حديث رقم ٨٨٤٥، ج ١٠ ص ٨٣،
ورواه عن عمر، وعثمان، وعلي، كتاب الحدود، باب في النفي من أين إلى أين؟ حديث
رقم ٨٨٤٦، ٨٨٤٧، ٨٨٤٨، ج ١٠ ص ٨٣، ٨٤.

(٤) في ق، ط (فيصلح) بدل (يرصلح) والأولى أفضل لاستقامة الأسلوب.

(٥) (حدًا) سقطت من ط وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.

(٦) سورة النور: ٢.

(٧) في ط (جعل كل الجلدات جراء الزنا) بدل (جعل الجلد جزاء للزنا) والمعنى واحد.

(٨) في ز (ذكره بحرف الفاء - والفاء للجزاء) وفي ط (ذكره بحرف الفاء والجرء) بدل (ذكره
بحرف الجزاء وهو الفاء، وحرف الفاء للجزاء) والمعبارة الأولى أفضل، لاحتصارها
وتعاطفها.

والجزاء هو الكافي، فينفي وجوب شيء آخر، وقد عرف في الخلاف^(١).
وأما الأحاديث، فهي من أخبار الأحاد، فلا يجوز إيجاب الحد بها،
لشبهة^(٢)، وأما نفي الخلفاء للزنا: كان بطريق السياسة، كيف وإن علياً -
رضي الله عنه - حالفهم، فإنه نفى واحداً فالتحق بالروم، وارتد، فرجع
وقال: «كفى بالنفي فتنه»^(٣).

١١٩١- قال (الشافعي): المطاوع إذا زنى بمكرهة، حد الرجل دونها^(٤)، وعليه
العقر^(٥).

وعندنا لا عُقر عليه^(٦).

له: أنه وجد الزنا، وإتلاف، منافع البضع بغير رضا المرأة، فتوفر على كل
واحد منهما موجه.

لنا: أن منافع البضع في هذه الحالة تقومت حقاً للشرع، فلا يجب الضمان
حقاً لها^(٧). وهو نظير القطع مع الضمان وقد عرف^(٨).

١١٩٢- قال (الشافعي): الإسلام ليس بشرط^(٩) [لإحصان الرجم]^(١٠).

(١) مي ق، ط زيادة (في طريقة الخلاف) وهي زيادة مطلوبة لإيضاح المراد.

(٢) في ز (بالشبهة) بدل (لشبهة) والثانية أنسب، لأن المراد هنا ذكر سبب عدم جواز إيجاب
الحد بهذه الأحاديث.

(٣) رواء عبد الرزاق في مصنفه، ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار. (نصب الراية ج ٣ ص
٣٣٠).

(٤) في ش (دون المرأة) بدل (دونها) والأولى أوضح من الثانية في الدلالة على المعنى.

(٥) العقر هو صدق المرأة إذا وطئت بشبهة، وهو عشر قيمتها إن كانت بكرًا، ونصف عشر
قيمتها إن كان ثيبًا، وقيل مهر مثلها في الجمال، وسمي بذلك؛ لأنه يعقر بكارتها - أي
يجرحه. انظر أنيس الفقهاء ص ١٥١، والتعريفات الفقهية ص ٣٨٤، هامش نسخة ح الورقة
(١١٩)، حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٧٩.

(٦) انظر المبسوط ج ٩، ص ٥٣، تبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨٦، وانظر معني المحتاج ج ٣
ص ٢٣٣، ج ٤ ص ١٤٥.

(٧) في ش (للمرأة) بدل (لها) والأولى أفضل لأنها توضح المعنى أكثر.

(٨) في ش، ز، ق، ط زيادة (تمامه في طريقة الخلاف) وفيه زيادة إيضاح.

(٩) في ش، ز، ق، زيادة (من شرائط) وهي توضح المعنى أكثر.

(١٠) في الأصل (لإحصان الرجم) والمعنى لا يستقيم بها. (والرجم) سقط من ش، ح، ق،

وعندنا: هو شرط^(١).

له: ماروي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ - رجم يهوديين زنيا^(٢). والمعنى أن^(٣) البكر الكافر يساوي البكر المسلم في حق تكميل الجلدات، فالثيب الكافر يساوي الثيب المسلم أيضًا.

لنا: أن زنا الثيب الكافر، لا يساوي زنا لثيب المسلم في كونه جنابة، من^(٤) حيث هو وضع الكفران، في موضع الشكر^(٥) أعنى به: الشكر^(٦) على نعمة^(٧) الإسلام، فلا يساويه في الرجم^(٨)، وأما حديث ابن عمر، روي أنه - ﷺ - رجمهما بحكم شريعتهما، ثم نسخ^(٩)، وأما تكميل الجلدات^(١٠) في حق البكر^(١١) فلأن الشرع اكتفى بذلك القدر في حق الجلد^(١٢)، والرحم فوقه في العقوبة، فلا يكفي إلا بكمال الجنابة.

١١٩٣- قال (الشافعي): العاقلة البالغة إذا أمكنت صبيًا أو مجنونًا، ففعل بها؛ يجب عليها الحد - وهو قول زفر -.

ولا داعي لذكرها؛ لأن هذا يشمل إحصان الرجم وغيره، وفي ز، (إحصان الرجم) بدل (إحصان الرجم) والمعنى واحد.

(١) انظر المبسوط ج ٩ ص ٥٦، والبيان ج ٥ ص ٣٧٧. وفتح القدير ج ٥ ص ٢٤، ومعنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٧، ولأبي يوسف قول آخر كفول الشافعي.

(٢) رواه البخاري، كتاب الاعتصام، باب ما ذكر النبي - ﷺ - ج ٩ ص ١٢٩. ومسلم كتاب الحدود باب رجم اليهود وأهل الذمة في الزنا، حديث رقم ٢٦ - ٢٨. ج ٣ ص ١٣٢٦، وما بعدها وأصحاب السنن الأربعة.

(٣) في ش (ولأن) بدل (والمعنى أن) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٤) في ق زيادة (وفيما من) ولا داعي لهذه الزيادة.

(٥) في ز (النعمة) وفي ط (شكر النعمة) بدل (الشكر) والمعنى واحد.

(٦) (الشكر) سقطت من ش، ط وذكرها أفضل لزيادة وضوح المعنى.

(٧) في ش (جهة) بدل (نعمة) والثانية أنسب لسياق الكلام.

(٨) في ز، ط زيادة (وتماه عرف في طريقة الخلاف) وهذه الريادة أوضحت مكان هذا الخلاف. (انظر المختلف. الورقة ١٤٥)

(٩) في ز، ش، ق، ط زيادة (ذلك) ولا يغير المعنى بسقوطها أو إثباتها.

(١٠) في ش، ز، ق، ط (الجلد) بدل (الجلدات) والمعنى واحد.

(١١) في ق زيادة (الكافر) وهي زيادة توضح المعنى أكثر.

(١٢) في ق زيادة (في حق المسلم) ولا معنى لهذه الزيادة.

وعندنا لا يجب^(١).

له: أنها زانية؛ لأن الزنا قُضيَ بشهوة الفرج^(٢) بمماسة ظاهر فرجه باطن فرجها، وقد وجد، فدخلت تحت^(٣) قوله تعالى: ﴿الرَّائِي تَلْبِثُوا فِي وَجْرِ نَهْمًا مِائَةً جَلْدًا﴾^(٤). وامتناع وجوب الحد على الرجل، لا يوجب الامتناع عن المرأة^(٥). كالعافل البالغ إذا زنى بصبية أو مجنونة.

لنا: أن التمكين من فعل الصبي، والمجنون، لا يساوي التمكين من فعل العاقل^(٦) البالغ في كونه جنابة، وقيحاً؛ لأن ذلك تسبب أو شرط بفعل هو زنا، وهو حرام حرمة توجب^(٧) الامتناع^(٨) وتستحق الإثم والعقاب به. وهذا^(٩) ليس بهذه الصفة؛ لأن فعل الصبي، والمجنون لا يوصف بهذه الصفات، فلا يساويه في الموجب، وقوله: أنه زنا، لا نسلم بأن زناً^(١٠) يتصور منها حقيقة، والله تعالى سماها زانية محارماً على ما عرف^(١١).

١١٩٤- قال (الشافعي): لا يضرب جلدات الحد إلا على الطاهر.

(١) انظر المسوط ج ٩ ص ٥٤، والبنية ج ٥ ص ٤١٩، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠، وانظر معني المحتاج ج ٤ ص ١٤٧، والمهذب وشرحه المجمع ج ١٨ ص ٢٧٤، وقول أبي يوسف الآخر كقول الشافعي.

(٢) في ح، ش، ز، أ (نساء شهوة الفرج) وفي ق (نساء شهوة في الفرج) بدل (قضي شهوة الفرج) والأولى والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ز زيادة (تحت النص وهو ...) وهذه الريادة توضح المعنى.

(٤) سورة النور: ٢.

(٥) في ز (امتناع الحد عن المرأة) وفي ق (الامتناع على المرأة) وفي ط (امتناع الحد على المرأة) بدل (الامتناع عن المرأة) والأولى أفضل؛ لأنها تؤدي إلى المعنى بأسلوب يسر.

(٦) (العافل) سقطت من ط، والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٧) في ق (حرام يوجب) بدل (حرام حرمة توجب) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٨) في ز، ط، ق، زيادة (عه) وهي توضح المعنى.

(٩) في ش (وهو) بدل (وهذا) والمعنى واحد.

(١٠) في ش، ز (الزنا) بدل (زناً) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(١١) في ر، ط زيادة (في طريقة الخلاف) وهي توضح المعنى.

وعندنا: تفرق على^(١) البدن^(٢).

له: قول - ﷺ - لهلال بن أمية^(٣): «شهودك أو يجلد ظهرك»^(٤).

لنا: أنه أمر بجلد الزاني مطلقاً، وهو اسم للكل، وحديث^(٥) هلال، قلنا: ليس فيه نفي الجلد على غير الظهر.

١١٩٥- قال (الشافعي): الزنا الموجب للحد يظهر بالإقرار مرة واحدة عند الشافعي^(٦).

وعندنا: يشترط الإقرار أربع مرات، في أربع مجالس فإذا أقر أربعاً، يستفسر عن الزنا، فإذا قُسر، يحد^(٧).

(١) في ط زيادة (جميع البدن) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٢) انظر الجامع الصغير ص ٢٣٥ والمبسوط ج ٩ ص ٧٢، والبنية ج ٥ ص ٣٦٥، وفتح القدير ج ٥ ص ١٨، وقال في فتح القدير: وما قبل في المنظومة والكافي أن الشافعي رحمه الله يحصن الظهر، واستدلال الشارحين عليه بقوله: ﷺ - لهلال بن أمية: «البيئة أو حد في ظهرك» غير ثابت في كتبهم، بل الذي فيها كقولك، وإنما تلك رواية عن مالك أنه خص الظهر، وما يليه ج ٥ ص ١٨، وقال في المذهب: «ويفرق الضرب على الأعضاء ويترقى الوجه والمواضع المخوفة». المذهب وشرحه المجموع ج ١٨ ص ٣٩٦، وأما عند المالكية فقال في تبصرة الحكام: «قال ابن الحاجب: والحدود كلها بسوط وضرب معتدلين، قاعداً غير مربوط على اليدين، على الظهر والكتفين دون غيرهما...»، على حاشية فتح العلي المالك ج ٢ ص ٢٧٠.

(٣) هلال بن أمية بن عامر بن قيس الأنصار الوافقي، شهد بدرًا وما بعدها، عاش إلى خلافة معاوية. (الإصابة ج ٣ ص ٦٠٦).

(٤) رواه البخاري بلفظ: (ولا حد في ظهرك) كتاب التفسير، تفسير سورة النور، ج ٦ ص ١٢٦، وأبو داود كتاب الطلاق، باب في اللعان، حديث رقم ٢٢٥٤، ج ٢ ص ٢٧٦. والنسائي، كتاب الطلاق، باب كيف اللعان، حديث رقم ٣٤٦٩، ج ٦ ص ١٧٢. وأبو ماجة، كتاب الطلاق، باب اللعان، حديث رقم ٢٠٦٧، ج ١ ص ٦٦٨.

(٥) في ق (وأما حديث) بدل (وحديث) والمعنى واحد.

(٦) (عند الشافعي): سقطت من ش، ح، ز، ق، ط، أ. وعدم ذكرها أصل، لأنه تكرار لا يفيد، فالباب باب الشافعي.

(٧) انظر الجامع الصغير ص ٢٣٠، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٦٦ والبنية ج ٥ ص ٤٦١، ومعني المحتاج ج ٤ ص ١٥٠.

له. قوله - ﷺ - في حديث العسيف^(١): «أهد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»^(٢) ولم يشترط العدد، ولأن العدد ليس بشرط^(٣) للإقرار^(٤) في موضع ما، فكذا هنا، والجامع^(٥) أن تكرار الإقرار لا موجب زيادة الصدق.

لنا: حديث ماعز - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - أخر إقامة الحد^(٦) إلى الإقرار، أربع مرات، وفي أربع جهات^(٧)، ولو ظهر بالإقرار مرة^(٨)، كان هذا تأخير الواجب. ولا نظن بالنبي - ﷺ - ذلك^(٩). وأما حديث العسيف^(١٠): ذلك ينصرف إلى الاعتراف^(١١) الممهود في هذا الباب. وهو ما ذكرنا^(١٢).

(١) في ط (عسيف) بدل (العسيف) والثانية أفضل، لموافقتها ماعارف عليه في تسمية هذا الحديث.

(٢) وهذا جزء من حديث العسيف، وسبق تخريجه في المسألة: ١١٩٠.

(٣) في ق (شيء) بدل (بشرط) والثانية أفضل لمناسبتها لسباق الكلام.

(٤) في ط (في الإقرار) بدل (للإقرار) والمعنى واحد.

(٥) في ط زيادة (بينهما) وهي تؤدي إلى وضوح المعنى.

(٦) في ط زيادة (عنه) وإثباتها وعدمه سواء.

(٧) رواه البخاري كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق، والكز، والسكران، والمجتون ج ٧ ص ٥٩، عن جابر أن رجلاً من أسلم أتى رسول الله - ﷺ - وهو في المسجد فقال: أنه زنى، فأعرض عنه، فتنحى لشقه الذي أعرض، فشهد على نفسه أربع شهادات، فدعاه، فقال: «هل بك جنون؟ هل أحصنت؟ قال نعم فأمر به أن يرحم بالمصلى...».

وماعز هو ماعز بن مالك الأسلمي (الإصابة ج ٣ ص ٣٢٧)، ورواه أيضاً عن أبي هريرة، في الكتاب، والباب السابقين.

ورواه مسلم عن جابر بن سمرة، قال: رأيت ماعز بن مالك... الحديث كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا حديث رقم ١٧. ورواه بألفاظ أخرى ١٨ - ٢٣ ج ٣ ص ١٣١٩ وما بعدها.

(٨) في ط، ق زيادة (واحدة) وهي تؤكد المعنى.

(٩) في ز، ط زيادة (وتمامه عرف في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة لا بأس بها إذا تيسر موضع الخلاف، (انظر المختلف الورقة (١٤٧)).

(١٠) في ش، ز، ق، ط زيادة (قلنا) ووجودها وعدمه سواء.

(١١) في ق (الإقرار) بدل (الاعتراف) وتؤديان إلى معنى واحد.

(١٢) أي الإقرار أربع مرات. ورد الشافعية على هذا بأن التكرار على ماعز إنما حصل لأن

١١٩٦- قال (الشافعي): للمولى إقامة الحد على ممتلكه بالإقرار بالزنا^(١).
وعندنا: ليس له ذلك^(٢).

له: قوله - ﷺ -: «أقيموا الحدود على ممتلك أيمانكم»^(٣) وقول - ﷺ -: «إذا زنت أمة أحدكم، فليجلدها»^(٤). ولأنه صيانة ملكه، فيملكه، كالتعزير، ولأنه من باب الأمر بالمعروف، [والنهي]^(٥) عن المنكر فيملكه، إلا أنه لا يفوض إلى الأجانب، لأنه يؤدي إلى التراحم، فيفوض إلى المولى؛ لأنه لا يؤدي إلى ذلك.

لنا: أن الحد حق لله تعالى؛ لأنه شرع لانعدام^(٦) القبائح^(٧)، وهو حق لله تعالى. ولأنه وجب بالجناية على خالص حق الله تعالى، وهو الزنا. وكان^(٨) مرجحة حق الله تعالى، ولأنه يتصف بالرق، وهذا آية كونه حق الله تعالى؛ لأن حقوق العباد [يستوي]^(٩) فيها الحر، والعبد. وإذا كان حق الله تعالى، لا يملك المولى إقامته؛ لأنه أجنبي من^(١٠) حقوق الله تعالى. وأما الأحاديث: محمولة على التسبب^(١١) بدليل مامر. وقوله بأنه إصلاح ملكه.

الرسول - ﷺ - شك في عقله، ولهذا قال: «أبك جنون»، ولم يكرره في خبر الغامدية.
(مغني المحتاج ج ٤ ص ١٥٠).

- (١) (عند الشافعي): سقطت من ط. وعدم ذكرها أولى، لأن الباب للشافعي.
- (٢) انظر الباية ج ٥ ص ٣٧١، وفتح القدير ج ٥ ص ٢١، ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٥٢.
- (٣) رواه أبو داود، كتاب الحدود، باب في إقامة الحد على المريض عن علي - رضي الله عنه - مرفوعاً. حديث رقم ٤٤٧٣، ج ٤ ص ١٦١.
- (٤) في ط (فليجلدها) بدل (فليجلدها) والأولى هي الواردة في البخاري ومسلم، والحديث رواه البخاري عن أبي هريرة، أن رسول الله - ﷺ - قال: «إذا زنت الأمة فتبين زناها فليجلدها ولا يشرب» كتاب الحدود، باب لا يشرب على الأمة إذا زنت. ج ٨ ص ٢١٣، ومسلم كتاب الحدود، باب رجم اليهود، وأهل الذمة في الزنى حديث رقم ٣٠، ج ٣ ص ١٣٢٨.
- (٥) في الأصل (ونهي) وهذا لا يتناسب مع السياق.
- (٦) في ش، ز، ط، ق (لإعدام) بدل (لانعدام) والأولى أنسب للمعنى المراد.
- (٧) في ق زيادة (ومحو المضائق) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
- (٨) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (فكان) بدل (وكان) والأولى أنسب لسياق الكلام.
- (٩) في الأصل (يستوفون) وهو وهم من النسخ.
- (١٠) في ش، ز، ق، ط (عن) بدل (من) والتعبير بالأولى أنسب للمعنى.
- (١١) والتسبب أو التسبب هو أن يكون العمد أو غيره سبباً في حدوث أمر من الأمور.

أو هو من^(١) الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، قلنا: كل ذلك يحصل
بالمرافعة إلى الإمام، والتسبب^(٢) للإقامة.

١١٩٧- قال (الشافعي): أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فرجم، فرجع^(٣) واحد
منهم، يقتل عند الشافعي^(٤).

وعندنا: لا يقتل، لكن يغرم ربع الدية، وهو نظير شهود الفصاص إذا حاء
المشهود بقتله حياً، على ما نذكره في الديات^(٥).

١١٩٨- قال (الشافعي): شهود الزنا إذا جاؤا متفرقين؛ تقبل شهادتهم عند
الشافعي^(٦).

وعندنا: لا تقبل، ويحدون حد القذف^(٧).

له: أن قول كل واحد منهم شهادة، ولا^(٨) نقف على إحضار غيره، لأنه
لا يمكنه ذلك.

لنا: قول عمر- رضي الله عنه -: «لو جاؤا مثل ربيعة ومضر فرادى
لحددتهم»^(٩)، ولأن قول الواحد قتل قول غيره وقع قذفًا، وكذا الثاني
والثالث، فلا تنقلب شهادة ولو جاؤا معًا. لكن إذا^(١٠) شهدوا واحدًا بعد

(١) في ش، (عن) بدل (من) والثانية أنسب للمعنى. وفي ق زيادة (في باب) وهي توضح
المعنى.

(٢) في ش، ح، أ، ز، ق (التسبب) بدل (والتسبب) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٣) في ش، ق (ثم رجع) بدل (فرجع) والمعنى واحد.

(٤) (عند الشافعي) سقطت من ش، ح، ز، ق، ط، أ وعدم ذكرها أصل، لأن الباب للشافعي.

انظر المبسوط ج ٩ ص ٤٩، والنبات ج ٥ ص ٤٤٩، وتبين الحقائق ج ٢ ص ١٩٢،
وفتح القدير ج ٥ ص ٦٨، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٤٥٧، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص
٥٠٣، وما بعدها، وفتح الوهاب ج ٢ ص ٢٢٦.

(٥) في ق، ط زيادة (في كتاب الديات إن شاء الله) وفيها زيادة فائدة: انظر المسألة (٢٠٢٤).

(٦) (عند الشافعي) سقطت من ق، ط. والأفضل عدم ذكرها لأن الباب للشافعي.

(٧) انظر المبسوط ج ٩ ص ٩٠، قال في مغني المحتاج: «ولو شهد في مجلس الحكم دون
أربعة من الرجال بزنا حدوا في الأظهر». ج ٤ ص ١٥٦.

(٨) في ش، ز، ط، (فلا) بدل (ولا) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٩) لم أجده.

(١٠) (إذا) سقطت من، ح، ق، ط وذكرها أفضل لاكمال المعنى.

واحد؛ يقبل متفرقين^(١)؛ لأنه لا يمكن أداء الشهادة جملة.

١١٩٩- قال (الشافعي): لو شهد أربعة فساق على الزنا؛ حدوا.

وعندنا: لا يحدون؛ لأن الفاسق له شهادة عندنا: خلافاً للشافعي^(٢). وقد مر في^(٣) النكاح^(٤).

١٢٠٠- قال (الشافعي): من قذف جماعة بكلمة واحدة، أو قذف واحداً مراراً؛ يحد لكل واحد منهم، عند الشافعي^(٥).

وعندنا: يكتفى بحد واحد. فحد القذف لا يجري فيه التداخل عنده^(٦). ويجري فيه الإرث، ويسقط بإسقاط المقدوف. وعندنا: يجري فيه التداخل، ولا يجري فيه الإرث، ولا يسقط بالإسقاط، والعفو.

وهذه المسألة^(٧) بناء على أن^(٨) المقلب في حد القذف حق الشرع عندنا. وعند الشافعي: حق العبد^(٩).

(١) في ز (جاؤا معاً لكن شهد واحد منهم بعد واحد ومتفرقين يقبل؛ لأن الشهادة لا تمكن جملة) وفي ق (لو جاءوا معاً لكن شهدوا واحداً بعد واحد متفرقين تقبل، لأنه لا يمكن الشهادة جملة) بدل (ولو جاءوا معاً، لكن إذا شهدوا واحداً بعد واحد؛ يقبل متفرقين، لأنه لا يمكن أداء الشهادة جملة) والمعنى واحد.

(٢) في ق، ط (خلافاً له) بدل (خلافاً للشافعي) والمعنى واحد.

(٣) في ق، ط زيادة (في باب) وهي توضح المعنى أكثر.

(٤) انظر المسألة (٨١٨) والمبسوط ج ٩ ص ٥٠، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٩١، وفتح القدير ج ٥ ص ٦٥، البناية ج ٥ ص ٤٤٢، المهذب مع شرحه المجموع ج ٢٠ ص ١٢٥، وقال في مغني المحتاج: «لو شهد أربعة بالزنا وردت شهادتهم بفسق، ولو مقطوعاً به كالزنا، وشرب الخمر، لم يحدوا» ج ٤ ص ١٥٧.

(٥) (عند الشافعي) سقطت من ق، ط. وعدم ذكرها أولى لأن الباب باب الشافعي فيكون هذا تكراراً.

(٦) في ق، ط (فحد القذف عنده لا يجري التداخل فيه) بدل (لا يجري فيه التداخل عنده) والمعنى واحد.

(٧) في ز، ق، ط (المصائر) بدل (المسألة) والثانية أنب لسباق الكلام.

(٨) في ز، ق، ط زيادة (بناء على أصل وهو أن) بدل (بناء على أن) والاولى فيها زيادة يصح.

(٩) انظر المبسوط ج ٩ ص ١١١، وفتح القدير ج ٥ ص ١٠٨، والبناية ج ٥ ص ٥١٣، وعند الشافعية هناك فرق في الجماعة: فإن كانوا جماعة لا يجوز أن يكونوا كلهم زناً،

له: أن القذف جنائية على حق العبد، لأنه هتك^(١) حرمة^(٢) عرضه، وعرضه حقه، فكان موجبه حقه أيضًا، دل عليه: أنه لا يسقط بالتقادم، وبقيمه القاضي بعلمه، ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار، وحق العبد لا يجري فيه التداخل، ويجري فيه العفو والإرث.

لنا: أن المغلب فيه هو^(٣) حق الشرع، لما مر من الوجهين^(٤) في مسألة المولى، هل يملك إقامة الحد على مملوكه؟^(٥) ووجه ثالث^(٦) وهو: أن سببه القذف، والقذف جنائية من حيث هو إشاعة الفاحشة؛ لأنها^(٧) حرام بالنصوص^(٨)، ومن حيث هو^(٩) هتك حرمة العرض، وهو من حيث إشاعة^(١٠) مكان^(١١) الفاحشة جنائية على خالص حق الله تعالى؛ لأنه حرام، حقًا لله تعالى على الخلوص^(١٢)، ولهذا لا تسقط حرمة بإسقاط العبد.

كأهل بغداد لم يجب الحد؛ لأن الحد يجب لنفي العار، ولا عار على المقذوف؛ لأنه قطع بكذبه، ويعزر للكذب، وإن كانت جماعة يجوز أن يكون كلهم زناة، فإن كان قذف كل واحد منهم على الإنفراد، وجب الحد لكل واحد منهم، وإن قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان الأول: وهو القديم - يجب حد واحد؛ لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد. الثاني: وهو الحديث - يجب لكل واحد منهم حد، لأنه ألحق العار بكل واحد منهم. (المهمل وشرحه المجموع ج ١٨ ص ٤٣٤، ٤٣٥).

- (١) في ش (يهتك) بدل (هتك) وتؤديان إلى معنى واحد.
- (٢) (حرمة) سقطت من ط، ش، ز، وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.
- (٣) (هو) سقطت من ش، ز، ق، ط ولا يتغير المعنى بسقوطها.
- (٤) في ط (وجهين) بدل (الوجهين) والثانية أفضل لاشتمالها على (آل المهمل). والفراد الوجهين المذكورين.
- (٥) انظر المسألة (١١٩٦).
- (٦) في ط (والثالث) وفي ش، ق (والوجه الثالث) بدل (وجه ثالث) والثانية أنب لسياق المسألة.
- (٧) في ش، ط (وأنها) بدل (لأنها) والثانية أنسب للسياق.
- (٨) في ز (بالنص) بدل (بالنصوص) والثانية أفضل لتعدد النصوص المحرمة لذلك.
- (٩) (هو) سقطت من ز، ش، ط، ق. والمعنى لا يستقيم بدونها.
- (١٠) في ش، ق، ز زيادة (أنه إشاعة) ولا أثر لهذه الزيادة في تغيير المعنى.
- (١١) (مكان) سقطت من ز، ح، أ، ق، ط. وسقوطها أفضل لعدم استقامة المعنى بها.
- (١٢) في ز، ق زيادة (على سبيل الخلوص) وهي تقوى المعنى.

ومن حيث^(١) هتك حرمة العرض، جناية على حق الله تعالى وعلى حق العبيد؛ لأن العرض والنفس حق الله وحق العبد؛ لأن لله تعالى في النفوس حقًا محترمًا، فكان جناية على حق الله تعالى^(٢) من وجهين، وعلى حق العبد من وجه واحد. فكان المقلب فيه حق الشرع، يجرى فيه التداخل، ولا يجرى فيه الإرث، والعفو؛ لأن هذه أحكام حقوق العباد، والمغلوب، [والمرجوح]^(٣) ملحق بالعدم، وما ذكر من الإجماع^(٤)؛ لا يوجب تغليب حق العبد فيه^(٥).

١٢٠١- قال (الشافعي): المحدود في القذف إذا تاب، ثم شهد تقبل شهادته.

وعندنا: لا تقبل^(٦).

له: قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾^(٧) عقيب الأمر [برد]^(٨) الشهادة، وحكم المستثنى خلاف حكم المستثنى منه.

لنا: وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾^(٩) ذكر بلفظ التأييد، فتأيد^(١٠) الرد، وأما الاستثناء^(١١) فهو مصروف إلى ما يليه، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(١٢).

(١) في، ط زيادة (هو) ووجودها وعدمه سواء.

(٢) في ز، ق، ط (حق الشرع) بدل (حق الله تعالى) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٣) في الأصل (المرجوع) والمعنى لا يستقيم بها.

(٤) في ش، ز، ق، ط (لأحكام) بدل (الإجماع) والأول هو الصحيح، لأن الشافعي ما ذكر أحكامًا، ولم يذكر إجماعًا.

(٥) في ز، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وفي ز زيادة (لما عرف في المختلف) وفي هذه الزيادة بيان مكان ورود هذا الخلاف.

(٦) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٢٥، والبنية ج ١٦٣، ١٦٤، وفتح القدير ج ٦ ص ٤٧٥،

٤٧٦، ومنه المحتاج ج ٤ ص ٤٣٨ والمهذب وشرحه المجموع ج ٢٠ ص ٩٠.

(٧) سورة النور: ٥.

(٨) في الأصل (براد) وهو وهم من النسخ.

(٩) سورة البقرة: ٤.

(١٠) في ش، ز، ط، (يتأيد) بدل (فتأيد) والمعنى واحد.

(١١) في ح (المستثنى) بدل (الاستثناء) والثانية أنسب للمعنى.

(١٢) سورة النور: ٤. والمعنى أن المراد بالاستثناء من الفاسقين، وليس المحدودين في القذف.

١٢٠٢- قال (الشافعي): حد الشرب أربعون سوطاً.
وعندنا: ثمانون^(١).

له: ماورى أن عثمان - رضي الله عنه - أمر علياً رضي الله عنه بإقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة، فقال عليّ للحسين^(٢) [أتم]^(٣) عليه الحد، فأخذ سوطاً^(٤) بيده، وجلده، وعليّ - رضي الله عنه - بعده، فلما بلغ أربعين، قال: حسبك، جلد رسول الله - ﷺ - أربعين، وجلد أبوبكر - رضي الله عنه - أربعين^(٥).

لنا: ماورى أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - ضرب رجلاً في الخمر بنعلين، وكل نعل سوط، فكان ثمانين^(٦). وروى أنس - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ - أنه أتى برجل شرب الخمر، فضربه بجريدتين نحواً من أربعين، ثم صنع أبوبكر - رضي الله عنه - نحو ذلك^(٧)، فلما كان^(٨) زمن عمر - رضي الله عنه - استشار في ذلك، فحعلوه ثمانين^(٩). وقال عليّ - رضي الله عنه: «من شرب سكر، ومن سكر هذى، ومن هذى افتوى،

(١) في زيادة (سوطاً) وهذه الزيادة وجودها وعدمه سواء؛ لأنه مفهوم من سياق الكلام قبلها. انظر تبين الحقائق ج ٣ ص ١٩٨، البناية ج ٥ ص ٤٧١، ٤٧٢، والمبسوط ج ٢٤ ص ٣٠، وفتح القدير ج ٥ ص ٨٣، ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٨٩، وفتح الرهاب ج ٢ ص ١٦٥.

(٢) في ز، ق، أ (للحسن) بدل (للحسين) والأولى هي الصواب لورودها في رواية مسلم.

(٣) في الأصل (أتم) وهو وهم من النسخ.

(٤) في ش، ز، ق، ط، أ ح (السوط) بدل (سوطاً) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٥) هذا الحديث سبق تخريجه في المسألة ١١٧٩.

(٦) رواه الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد السكران، حديث رقم ١٤٤٢، ح ٤ ص ٤٧، وقال الترمذي: حديث أبي سعيد حديث حسن. ورواه الإمام أحمد في مسنده ج ٣ ص ٣٢.

(٧) في ط (كذلك) بدل (نحو ذلك) والمعنى واحد.

(٨) في ط زيادة (كان ذلك في زمن) ولا فائدة لهذه الزيادة.

(٩) رواه مسلم، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد الخمر، حديث رقم ٣٥، ج ٣ ص ١٣٣٠، والترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد الخمر، حديث رقم ١٤٤٣ ج ٤ ص ٤٨.

- وحد المفترين ثمانون^(١). وما رواه، فهو كان^(٢) بنعلين وجريدتين، فكان^(٣) ثمانين حقيقة، أربعين صورة.
- ١٢٠٣- قال (الشافعي): ومن شرب دُردي^(٤) الخمر يحد. وقال أصحابنا لا يحد حتى يسكر^(٥).
- له: أنه شرب أجزاء الخمر.
- لنا: أن الغالب عليه^(٦) غير الخمر، فينعلق الحد بالسكر، لا بنفس الشرب.
- ١٢٠٤- قال (الشافعي): تخليل الخمر حرام، والخل المتخذ منه حرام. وعندنا: هو حلال^(٧).

-
- (١) رواه أبوداود، كتاب الحدود، باب إذا شاع في شرب الخمر، حديث رقم ٤٤٨٩، ج ٤ ص ١٦٦، ١٦٧، ومالك في الموطأ كتاب الأشربة، باب الحد في الخمر، حديث رقم ١٦٣٣ (شرح الورقاني على الموطأ ج ٤ ص ١٦٧).
- (٢) (كان) سقطت من ز، والإتيان أفضل لإيضاح المعنى.
- (٣) في ش (فكانوا) بد (فكان) والثانية أفضل لأن الجلدات لا يصح التعبير عنها بواو الجماعة.
- (٤) الدردى بتشديد الياء. وهو ما في أسفل وعاء الخمر من عكر. (مفني المحتاج ج ٤ ص ١٨٨).
- (٥) قال في المبسوط يكره شرب دردي الخمر والانتفاع به، لأن الدردى من كل شيء بمزلة صافية، والانتفاع بالخمر حرام، فكذلك بدرديه، وهذا لأن في الدردى أجزاء الخمر، ولو وقعت قطرة من خمر في ماء لم يجز شربه، والانتفاع به، فالدردى أولى ... ولو شرب منه ولم يسكر فلا حد عليه عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: يلزمه الحد؛ لأن الحد يجب بشرب قطرة من الخمر، وفي الدردى قطرات من الخمر. (المبسوط ج ٢٤ ص ٢٠) وانظر مفني المحتاج ج ٤ ص ١٨٨، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٤٩، والبناء ج ٩ ص ٥٦٢.
- (٦) في ش (فيه) بدل (عليه) وتؤيدان إلى معنى واحد.
- (٧) انظر المبسوط ج ٢٤، ص ٢٢، تبيين الحقائق ج ٦ ص ٤٨، والساية ج ٩ ص ٥٥٧، وفتح القدير ج ٩ ص ٣٩.
- ومرق الشافعية بين أن تتخلل الخمر وحدها، أو بقلها من ظل إلى شمس، أو من شمس إلى ظل، وبين أن يطرح فيها شيء كالبصل والخير الحار لأجل تخليلها، أو وقع فيها شيء من ذلك. فمن في الحالة الأولى تطهر ويجوز استخدام الخل، وفي الثانية لا تطهر ولا يصح استخدامها. (مفني المحتاج ج ١ ص ٨١، وفتح الوهاب ج ١ ص ٢٠).

له: أن النبي - ﷺ - أمر [أبا طلحة] ^(١) بإرافة خمرور البتامي ^(٢)، وله يأذن له في التخليل ^(٣)؛ لأنه ^(٤) اقتراب من الخمر فكان حراماً.
لنا: قوله - ﷺ - «أبما إهاب قد» ^(٥) دُبِغ فقد طهر، ^(٦) كالخمر إذا ^(٧) تحلل، ولأنه إصلاح لعين فاسد، ويصير به داخلاً في ^(٨) جنس الطيبات، فكان حلالاً، كدُبِغ الجلد، وما رواه ^(٩) منسوخ بما روينا؛ لأنه كان في ابتداء الإسلام.

١٢٠٥. قال (الشافعي): المثلث ^(١٠)، والنبيذ، قليله حرام عند محمد والشافعي على ما نذكر في كتاب الأشربة، ويحد من قليلها عنده.

(١) في الأصل (الطلحة) ولا يستقيم المعنى بهذا، وهو زيد بن سهل بن الأسور من حواء النجاري الأنصاري، شهد العقبة، ثم بدر وما بعدها من المشاهد، اختلف في وفاته قيل ٣١، وقيل: ٣٤، وقيل: ٥١. (الاستيعاب لابن عبد البر بهامش الإصابة ج ٤ ص ١١٣. ٩١٤).

(٢) رواه أبو داود عن أنس بن مالك أن أبا طلحة سأل النبي - ﷺ - عن أيتام ورثوا خمرًا، قال: أهرقها، قال: أفلا أجعلها خلًا؟ قال: لا. كتاب الأشربة، باب ما جاء في الخمر تحلل، حديث رقم ٣٦٧٥، ج ٣ ص ٣٢٦، والإمام أحمد في مسنده، ج ٣ ص ١١٩. ١١٨، ورواه الترمذي بلفظ: «إني اشتريت خمرًا لأيتام في حجر، قال: أهرق الخمر، وأكسر اللتان» حديث رقم ١٢٩٣، كتاب البيوع، باب البيوع، باب ما جاء في بيع الخمر، والنهي عن ذلك، ج ٣ ص ٥٧٩.

(٣) في ز (بالتخليل) بدل (في التخليل) والمعنى واحد.

(٤) في ش، ز، ق، ط (ولأنه) بدل (لأنه) والمعنى واحد.

(٥) (قد) سقطت من ط، وليست في الروايات التي وجدتها في مسلم، وأبو داود، والسنائي، وأحمد، ومالك والترمذي.

(٦) سق تخريجه في المسألة: (٢٠٩).

(٧) (إذا) سقطت من ش، ز، ق، ط، وإثباتها أفضل لإيضاح المراد أكثر.

(٨) في ط (تحت) بدل (في) والمعنى واحد.

(٩) في ش، ز، ق، ط (وما روى) بدل (وما رواه) والمعنى واحد.

(١٠) المثلث عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه. (انظر البناية ج ٩ ص ٥٤٠، طلبة الطلبة، ص ٣٢٠، التمرينات المفهية، ص ٤٦٤).

وعندنا: لا يحد مالم يسكر^(١).
له: أنه شرب الخمر^(٢).
لنا: أن مادون السكر غير حرام عند أبي حنيفة، أبي يوسف.
وعند محمد: حرام^(٣)، لكن فيه شبهة الاختلاف^(٤) على ما نذكر في كتاب
الأشربة^(٥).

-
- (١) انظر المبسوط ج ٢٤، ص ١٤، ١٥، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٤٦، والبنية ج ٩ ص ٥٤٠، ٥٤١، وفتح القدير ج ٩ ص ٣٥، ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٨٧.
(٢) في ش، ق، ط (كالخمر) بدل (شرب الخمر) وتؤديان إلى معنى واحد.
(٣) في ط (إن كان حراماً) بدل (حرام) وتؤديان إلى معنى واحد.
(٤) في ط (الإباحة) بدل (الاختلاف) والأولى توضيح المراد بالثانية إذ الاختلاف يكون في الإباحة، فشبه الاختلاف قائمة.
(٥) انظر المسألة (١٩٣٠).

باب جوابات مالك

- ١٢٠٦- قال (مالك): امرأة حملت، ولا زوج لها؛ تحد، ولو ادعت أنه من كاح، لا يقبل عنده^(١)؛ لأنه خلاف الظاهر.
وعندنا: لا تحد^(٢).
له: أن^(٣) الحمل^(٤) من الزنا غالباً.
لنا: أن الحد لا يجب بغالب^(٥) فيه احتمال، واحتمال النكاح الفاسد، و^(٦) الصحيح^(٧) قائم.
١٢٠٧- قال (مالك): الذمي لا يحد بإقراره بالزنا^(٨).
وعندنا: يحد^(٩).

- (١) عنده سقطت من ق وعدم ذكرهما أفضل، لأن الباب لمالك، فلا داعي للتكرار.
(٢) انظر بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠٢، ونصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلي المالك، ج ٢ ص ٩١، ولا يقبل عند المالكية ادعاء المرأة بالنصب، أو بالإكراه. مالم تظهر أماره تصديقها بأن يرى أثر الدم، أو صياح، أو استفاضة، أو ما أشبه ذلك مما يدل على صدقها، ولا يقبل قولها: بأنه من زوج طلقها، أو غاب عنها، إلا إذا كانت غريبة، وإن ادعت الوطء بين الفخذين، ودخول الماء إلى مخرجها وحدوث الحمل من ذلك يدرك عنها الحد في قول ابن رشد؛ لأن هذا فيه شبهة، ودرء الحدود بالشبهات واجب. (المصادر السابقة).
(٣) في ش، زيادة (هذا) وهي زيادة توضيح المعنى.
(٤) في ز زيادة (هنا) وهي توضيح المعنى، وتغني عن الزيادة في الفقرة السابقة.
(٥) في ط (إذا كان) بدل (بغالب) والأولى أدق في التعبير عن المعنى.
(٦) في ز، ش، ح، ق، ط، أ (أو) بدل (و) والأولى أفضل؛ لأن السكاح إما فاسد أو صحيح.
(٧) في ق، (الصحيح أو الفاسد) بدل (الفاسد والصحيح) والمعنى واحد.
(٨) في ح (من الزنا) بدل (بالزنا) والثانية أنسب للمعنى، لأن الاقرار يكون بالشيء، لا من الشيء، وقوله (بالزنا) سقط من ق والإثبات أفضل لزيادة الإيضاح.
(٩) انظر المبسوط ج ٩ ص ٩٧، وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٦. وأما عنه المالكية

له: أن قوله لا يصلح لإيجاب شيء على القاضي، فلا تجب^(١) الإقامة.
لنا: أن هذا إقرار^(٢) لاتهمه فيه، فيقبل، وقوله: أنه لا يوجب شيئاً على
القاضي، قلنا: وجوب الإقامة على القاضي بتقلده القضاء، لا بقوله، ولهذا
يجب^(٣) عليه إقامته عليه^(٤) بشهادة أهل الذمة عليه.
١٢٠٨- قال (مالك): لو^(٥) تشاجرا^(٦)، فقال أحدهما لآخر^(٧): ما أنا بزان، ولا
أمي زانية^(٨) فهو قذف، ويجب به الحد.
وعندنا: لا يجب^(٩).
له: أنه تعريض بالقذف، ويراد به ذلك.
لنا: أنه تزكية نفسه، وأمه، وليس فيه ذكر غيره. أكثر ما في الباب^(١٠):
يحتمل أنه^(١١) قذف [غيره]^(١٢)، لكن^(١٣) الحد لا يجب مع الاحتمال، والله
أعلم.

-
- لا يحد؛ لأن من شروط إقامة الحد عندهم الإسلام. (انظر بلغة السالك، والشرح الصغير ج ٢ ص ٣٩٠ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٧).
- (١) في ش، ز، ق، ط زيادة (عليه) والمعنى لا يتغير بهذه الريادة.
- (٢) في ح (الإقرار) بدل (إقرار) والمعنى واحد.
- (٣) في ح (لا يجب) بدل (يجب) والثانية أنسب لسياق الكلام.
- (٤) (عليه) سقطت من ش، ز، ق، ط ولا يؤثر سقوطها في تغيير المعنى.
- (٥) في ح، أ (إذا) بدل (لو) والمعنى واحد.
- (٦) في ش، ز، ق، ط (تشاجر رجلاً) بدل (تشاجرا) والمعنى واحد.
- (٧) في ش، ز، ق (للآخر) بدل (لآخر) والأولى أنسب لسياق الكلام.
- (٨) في، ق (زنت) وفي ح (بزانية) بدل (زانية) والمعنى واحد، و (زانية) سقطت من ط، وذكرها أفضل لريادة الرضوح.
- (٩) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٢٠، وهذا مبني على أن عند الحنفية يشترط لإقامة الحد أن يكون القذف بصريح الزنا، ولا يجب بالكناية. (انظر البناية ج ٥ ص ٤٧٩، وفتح القدير ج ٥ ص ٨٩، والمبسوط ج ٩ ص ١١٩، وانظر الشرح الصغير وبلغة السالك ج ٢ ص ٣٩٥، وتبصرة الحكام بهامش فتح المولى المالک، ج ٢ ص ٢٦٢).
- (١٠) في ح، ق، أ زيادة (أنه) ولا فائدة لهذه الزيادة.
- (١١) في ط (أنه يحتمل) بدل (يحتمل أنه) والثانية أنسب للمعبرة.
- (١٢) في الأصل (غير) والمعنى لا يستقيم بها.
- (١٣) في ش، ز، ق (ولكن) بدل (لكن) والمعنى معهما واحد.

كتاب السرقة

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٢٠٩. قال (أبوحنيفة): إذا كسر [بربط] ^(١) مسلم، أو طبله، أو دقفه، أو مزماره، أو شيئاً من الملاهي؛ ضمن قيمته بغير ^(٢) اللهو. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن ^(٣).

لهما: أنه محتسب فيه، فلا يؤخذ ^(٤) به.

له: أنه أنلف مالا ^(٥) يتنفع به من وجه آخر، سوى التلهي، فيضمن قيمته، من ذلك الوجه، كما إذا استهلك جارية مغنية. وأما الحسبة قلنا: ذلك يحصل بالمنع، والأخذ، دون ^(٦) الإتلاف.

١٢١٠. قال (أبوحنيفة): رجلان شهدا على رجل بسرقة بقرة، فقال أحدهما: كانت سوداء. وقال الآخر: كانت بيضاء؛ تقبل عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد: لا تقبل ^(٧).

(١) البربط هو العود. وهي كلمة فارسية: (بريت) ومعناها صدر البط، لأن صورته تشبه صدر البط وعنقه. (مفاتيح العلوم للخوارزمي ص ٢٦٠) وقال في البناية: (بربط بباءين مفتوحين، وبينهما راء، شبيه العود، فارسي معرب، وأصله بريت، لأن الضارب يصعه على صدره، واسم الصدر: بر). ج ٥ ص ٥٥٤. وفي الأصل (مربط) وهو خطأ لما مر.

(٢) في ح، ق، ط، (لغير) بدل (بغير) والأنسب للمعنى اللفظة الأولى، إذ المراد أن الضمان ليس للهو، وإنما لما في هذه الآلات من قيمة.

(٣) انظر المسوط ج ٩ ص ١٥٤، والبناية ج ٥ ص ٥٥٤، وفتح القدير ج ٥ ص ١٣٥.

(٤) في ح، ش، ز، ق، أ (يؤخذ) بدل (يؤخذ) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(٥) في ق زيادة (مقوماً) وهي توضيح المعنى.

(٦) في ش، ط (بدون) بدل (دون) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) (تقبل) سقطت من ش، ق، والإثبات يوضح المعنى. انظر المسوط ج ٩ ص ١٦٢، والبناية ج ٧ ص ٢٠٨، وفتح القدير ج ٦ ص ٥٠٩، وروى أن الخلاف فيما إذا كان

لهما: أن المشهود به مختلف، ولم يقم على كل واحد منهما شاهدان،
فصار كما لو اختلفا في الذكورة والأنوثة - أو شهدا بالغصب، كذلك^(١).

له: أن البيئة يجب قبولها ما أمكن، وقد أمكن ههنا، لاحتمال
اشتغالها^(٢) على اللونين، أحدهما في أحد جانبيه، والآخر في الجانب
الآخر، والحال حالة الاشتباه؛ لأن السرقة تقام في الليل، بخلاف
الذكورة والأنوثة؛ لأن اجتماعها^(٣) ممتنع، وبخلاف الغصب؛ لأنه يقدّم
نهارًا جهازًا، فلا يشتبه.

١٢١١- قال (أبو حنيفة): القاضي إذا أمر الجلاذ^(٤) بقطع يمينه، فقطع يساره عمدًا،
لا يضمن شيئًا - وهو استحسان^(٥).

والقياس: أن يضمن الدية، وهو قول أبي يوسف ومحمد^(٦).

لهما: أنه خالف^(٧) وقطع بغير أمره.

له: أنه فوت^(٨)، وأخلف^(٩) خيرًا منه^(١٠)، وهو اليمين، فلا يضمن - هذا
إذا فعل عمدًا، فلو أخطأ^(١١)، بأن قال له: أخرج يمينك، فأخرج يساره،

هناك تشابه بين اللونين كالحمرة والصفرة.

(١) في ش زيادة (هنا) وهي توضيح المعنى.

(٢) في ش، ز، ق، ط (لاشتماله) بدل (لاشتمالها) والثانية أفضل؛ لأن الضمير فيها يعود إلى
المؤنث.

(٣) في ش، ز، ح، ق، أ (لاجتماعهما) بدل (لاجتماعها) والأولى أفضل لأن الضمير فيها
يعود على المتنى.

(٤) في ش، ز، ط (الحداد) بدل (الجلاذ) وتؤيدان إلى المعنى المراد؛ لأن المراد بالحداد
الذي يقيم الحد. (فتح القدير ج ٥ ص ١٥٧).

(٥) في ش، ز، ق، ط (الاستحسان) بدل (استحسان) والمعنى واحد.

(٦) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٧٥، ١٧٦، والبناء ج ٥ ص ٥٩٠، ٥٩١، وفتح القدير ج ٥
ص ١٥٧.

(٧) في ط زيادة (أمره) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٨) في ط زيادة (محلاً) وهي توضيح المعنى.

(٩) في ح (والحلف) بدل (وأخلف) والثانية أنسب للمعنى.

(١٠) في ش، ق (منها) بدل (منه) ويجوز التذكير والتأنيث هنا.

(١١) في ق (فلو فعل خطأ) وفي ط (فأما إذا أخطأ) بد (فلو أخطأ) والمعنى واحد.

لا يضمن بالإجماع؛ لأنه لو ضمن لرجع على السارق؛ لأنه^(١) عمل بأمره، فلا يعبد^(٢).

١٢١٢- قال (أبو حنيفة): إذا سرق سرقات، فقطع في بعضها^(٣)؛ وقع عن الكل، ولا يضمن^(٤) لواحد منهم شيئاً^(٥).

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن ماسوى ما^(٦) قطع منه^(٧).

لهما. أنه لو قطع للكل، لا يضمن لهم، وإن لم يقطع ضمن لهم جميعاً، فإذا قطع للبعض، دون البعض، يعطى لكل^(٨) بعض^(٩) حكمه.

له: أن القطع وقع للكل؛ لأن القطع جزء^(١٠) السرقة مطلقاً، إلا أن خصومة الواحد شرط ظهورها، فإذا ظهرت الكل^(١١) وقطع، وقع للكل.

١٢١٣- قال (أبو حنيفة): إذا سرق من^(١٢) محرم غير ذى رحم، نحو امرأة أبيه، أو

(١) في ز (ولأنه) بدل (لأنه) والمعنى واحد.

(٢) في ز (لا يفيد) بدل (فلا يفيد) والمعنى واحد.

(٣) في ط (بعضهن) بدل (بعضها) واللفظتان جائزتان.

(٤) في ش، ز، ق، ط (فقطع في بعضها لا يضمن) بدل (فقطع في بعضها، وقع الكل ولا يضمن) والعبارة الثانية أفضل؛ لأنها أكمل.

(٥) (شيئاً) سقطت من ز، ق، وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى. وفي ط (للباقين منهم) بدل (لواحد منهم شيئاً) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٦) (ما) سقطت من ز، ق، ط والإثبات أفضل لاستقامة المعنى.

(٧) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٧٧، والبنية ج ٥ ص ٦١٦، وفتح القدير ج ٥ ص ١٧١، وتيسر الحقائق ج ٣ ص ٢٣٢.

(٨) في ز (كل) بدل (لكل) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٩) في ط (واحد) بدل (بعض) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(١٠) في ز (جزء) بدل (جزء) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(١١) في ش، ح، ق (للكل) بدل (الكل) والأولى أسب للسياق. و (الكل) سقطت من ط. ولا يغير المعنى بسقوطها.

(١٢) في ز زيادة (من بيت) وهي زيادة تكمل المعنى، لأنه إذا سرق من المنزل المضاف إلى هؤلاء لا يتم معنى الحرزية؛ لأنه يدخل بيوت هؤلاء من غير استئذان. ولذلك لا خلاف بين الثلاثة في أنه لا يقطع إذا سرق أموالهم من منازلهم، ولكن الخلاف بينهم فيما إذا سرق مال هؤلاء في غير منازلهم (انظر المبسوط ج ٩ ص ١٨٨) وفي ق زيادة (من ذى رحم) ولا معنى لهذه الزيادة.

ابنه، [أو زوج بنته]^(١)، والدار ليست لوالده، ولا لولده^(٢)، أو ابن امرأته، أو أبويها^(٣)، والدار ليست لامرأته^(٤)؛ لا يقطع^(٥) استحساناً .
وقال أبو يوسف ومحمد: يقطع^(٦).
لهما: أن لا شبهة في المال، ولا في الحرز، فيجب القطع.
له: أن الخلوة معهن مباحة، والدخول عليهن للزيارة معتاد، فأورث شبهة الإذن^(٧) بالدخول.
١٢١٤- قال (أبو حنيفة): إذا سرق المؤاجر من المستأجر في المنزل الذي أجره، يقطع.
وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقطع^(٨).
لهما: أن له أن يدخلها بعد الإجارة للمرأة^(٩)، والنظر لذلك.
له: أنه لا خلل في النصاب والحرز، وأما الدخول للمرأة وغير ذلك، يباح^(١٠) بإذن المستأجر، لا بغير إذنه.

-
- (١) سقط ما بين القوسين من الأصل، والإثبات أفضل لزيادة التفصيل وفي ق (ابته) بدل (بته) والمعنى واحد.
(٢) (والدار ليست لوالده، ولا لولده) سقطت من ط، والإثبات هو الصحيح؛ لأن المعنى لا يتم بدونها.
(٣) في ش، ق، ح، ط (أبويها) وفي ز (أبيها) بدل (أبويها) والثالثة أفضل؛ لأنها أشمل، فالحكم يشمل الأم والأب على السواء.
(٤) في ط (والدار ليست لولده ولا لوالده ولا لامرأته) بدل (والدار ليست لامرأته) وكل جملة تناسب ما جاء في نسختها، لأن جملة (والدار ليست لولده ولا لوالده) سقطت من ط أولاً، وأثبتت في باقي النسخ، فذكرها في ط لئتم المعنى، ولم يذكرها في باقي النسخ لذكرها من قبل.
(٥) في ق زيادة (السارق) والمعنى واضح بدونها.
(٦) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٨٨، وفتح القدير ج ٥ ص ١٤٤، تبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٢١.
(٧) (الإذن) سقط من ش، والإثبات أفضل لاكتمال المعنى .
(٨) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٧٩، ١٨٠.
(٩) أي للتريميم.
(١٠) في ز، ح، ق، ط (مباح) بدل (يباح) والمعنى واحد.

١٢١٥- قال (أبو حنيفة): قطع^(١) الطريق إذا أخذوا المال وقتلوا، فالإمام^(٢) إن شاء قطع أيديهم، وأرحلهم من خلاف، ثم صلبهم للقتل، وإن شاء اكتفى بقتلهم.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقتلهم^(٣) لا غير^(٤).

لهما: أن الحناية واحدة وهو قطع الطريق - فيكتفى بعقوبة واحدة. له: أن الجنابة متحدة معنى - كما ذكرنا - متعددة صورة، وهو أخذ المال والقتل، فلكل واحد منهما موجب عند^(٥) الأفراد، فإن شاء القاضي مال إلى جهة الاتحاد، وإن شاء مال إلى جهة التعدد.

(١) في ش (القطع) بدل (قطع) والثاني أفضل لموافقة الإضافة.

(٢) في ق زيادة (بالخيار) ولا تغير المعنى.

(٣) في ز (يقتلون) بدل (يقتلهم) والمعنى واحد. وفي ق زيادة (أو يصلبهم) وهي زيادة صحيحة تؤدي إلى اكتمال الحكم. (انظر البناية ج ٥ ص ٦٣٠).

(٤) في بعض المصادر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة قال في البناية: «وفي جامع البزدوى إن شاء صلبهم، وإن شاء قتلهم من غير قطع» وقال أيضًا: «وفي عامة الرواية من المبسط وشروح الجامع أبو يوسف مع محمد» ج ٥ ص ٦٣٠.

وقال في تبين الحقائق: «وقال محمد: يقتل أو يصلب، ولا يقطع وأبو يوسف معه في

المشهور» ج ٣ ص ٢٣٧. وانظر فتح القدير ج ٥ ص ١٧٩.

(٥) في ز (على) بدل (عند) والثانية أنسب للمعنى.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١٢١٦- قال (أبيوسف): الباش^(١) يقطع - وهو قول الشافعي -.

وقال أبوحنيفة ومحمد: لا يقطع^(٢).

له: قوله - ﷺ - «من نبش قطعناه»^(٣)، ولأنه سرقة من حوز مثله، لأن حوز الكفن القبر، فبدخل تحت النص.

لهما: أن النبش لا يساوي السرقة من الأحياء في كونه جنائية، وقبحاً؛ لأن ذلك إتلاف مال يتعلق به المأوى، وهذا ليس بهذه الصفة^(٤)، فلا يساويه في الموجب^(٥)، وقوله أنه سرقة، قلنا: لا نسلم؛ لأن السرقة من الميت لا تتحقق^(٦)، وغير الميت، غير مترصد لحفظه، وأما الحديث محمول على السياسة.

١٢١٧- قال (أبيوسف): إذا سرق عبداً صغيراً، لا يعقل، لا يقطع استحساناً، وهو قول أبي يوسف^(٧).

وقال أبوحنيفة ومحمد: يقطع^(٨).

(١) هو الذي ينش القبور ويأخذ كفن الميت.

(٢) انظر المسوط ج ٩ ص ١٥٩، ومختصر الطحاوي ص ٢٧٣ الساية ج ٥ ص ٥٥٧. وفتح القدير ج ٥ ص ١٣٧، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢١٧.

(٣) قال في نصب الراية، «رواه البيهقي في كتاب المعرفة»، وقال الزيلعي: «قال في التقيع في هذا الإسناد، من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره». (ج ٣ ص ٣٦٦، ٣٦٧).

(٤) في ش (المثابة) بدل (الصفة) والمعنى واحد.

(٥) في ش، ز، ق، ط زيادة (وتماه عرف في طريقة الخلاف) وهي زيادة توصل مكان ورود الخلاف، وانظر مختلف الأصحاب الورقة ١٤٤.

(٦) في ق، ط زيادة (لأن الحفظ لا يتحقق) وهي توصل المعنى.

(٧) (وهو قول أبي يوسف) سقط من ط، ق. وسقطها أفصل. لأن الباب لأبي يوسف، فيكون هذا تكراراً.

(٨) انظر البنابة ج ٥ ص ٥٥١، ٥٥٢، وفتح القدير ج ٥ ص ١٣٤ والمسوط ج ٩ ص

له: أنه نفل الرغبة فيه، للحاجة إلى تربيته وحفظه^(١)، فصار كالمصغير العاقل

لهما: أنه مال متقوم يمكن أخذه^(٢)، ولا يفسد، فصار كاللدواب، بخلاف ما إذا كان عاقلًا يتكلم؛ لأنه غصب، أو خديعة، وليس سرقة.

١٢١٨- قال (أبويوسف): ومن نقب البيت، وأدخل^(٣) يده^(٤)، وأخرج المتاع، لا يقطع، لقول علي - رضي الله عنه -: «السارق الظريف لا يقطع، قيل له^(٥): وما ظرافته؟ قال: يدخل يده في البيت^(٦) ويخرج المتاع منه^(٧)، بخلاف الأخذ من الجوالق^(٨)، لأن الدخول في الجوالق غير ممكن، أم ههنا ممكن، فلو دخل الدار، وأخذ متاعًا^(٩)، وناوله صاحبًا له^(١٠) خارجًا^(١١)، ثم خرج، وذهب به، روى عن أبي يوسف: أن الخارج^(١٢) لو أدخل يده، وناول^(١٣) الداخل؛ قُطِعَا جميعًا، ولو أخرج الداخل يده،

١٦٢، وتبين الحقائق ج ٣ ص ٢١٧، ومختصر الطحاوي ص ٢٣٧ وانظر المسألة (١٢٢١)
(١) في ز (التربة والحفظ) بدل (تربيته وحفظه) والثانية أنسب لاشتغالها على الضمير العائد على العمد المسروق. وفي ق (وتحفظه) بدل (وحفظه) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) في ش زيادة (من غير عسر) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٣) في ز، ش، ق، ط (فأدخل) بدل (وأدخل) والمعنى واحد.

(٤) في ق زيادة (فيه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٥) (له) سقطت من ش. ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٦) في ش، ز، ق، ط (بيت) بدل (البيت) والمعنى واحد.

(٧) روى ابن أبي شيبة عن علي - رضي الله عنه - أنه أتى برجل قد نقب فأخذ على تلك الحال، فلم يقطعه، كتاب الحدود، باب في السارق يؤخذ قبل أن يخرج من البيت بالمتاع، ج ٩ ص ٤٧٧ حديث رقم ٨١٦٧، وأما باللفظ بالذي أورده، المصنف فرواه في المبسوط ج ٩ ص ١٤٧.

(٨) الجوالق مفرد، وجمعه جواليق، وهو بضم الجيم، وفتح اللام أو كسرهما، ويراد به الوعاء الذي يوضع فيه الطعام، وهو معرب (لسان العرب ج ١٠ ص ٣٦).

(٩) في ش، ق (المتاع) بدل (متاعًا) والمعنى واحد.

(١٠) في ز (لصاحبه) بدل (صاحبًا له) والمعنى واحد.

(١١) في ز (خارج الدار) بدل (خارجًا) والأولى أوضح.

(١٢) في ش، ق (أله) بدل (أن الخارج) والثانية أوضح.

(١٣) في ش، ز، ح، ق، ط (فناول) بدل (وناوله) والمعنى واحد.

فأعطاه، فالفقطع على الداخل^(١)، وهو رواية^(٢) توجب أن عند أبي يوسف. إذا أدخل يده في البيت، وأخرج المتاع، يقطع أيضًا. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا قطع على^(٣) واحد منهما^(٤). له: أنه أخذه من الحرز، فصار كما لو رمى من البيت إلى الطريق، ثم خرج وأخذه.

لهما: أن هذا الأمر تم بهما، وأحدهما^(٥) غير سارق^(٦) ولم يجب عليه القطع، فلا يجب على الآخر؛ لأن الفعل واحد، بخلاف ما إذا رمى إلى الطريق، ثم^(٧) أخذه^(٨)؛ لأنه تم به وحده.

١٢١٩- قال (أبيوسف): السارق إذا أخذ الثوب في البيت، وشقة نصفين، ثم أخرجه، وقيمته مشقوقا عشرة^(٩) أو أكثر^(١٠)، فإن ضُمَّتْ وتوكله عليه، لم^(١١) يقطع، بلا خلاف^(١٢)؛ لأنه [ملكه]^(١٣) من وقت القطع، فلا يقطع بأخذ

-
- (١) في ز، ح، ق، ط، أ زيادة (خاصة) وهي تؤكد المعنى.
- (٢) في ز، ش، ق، ط (وهذه الرواية) بدل (وهو رواية) وتؤيدان لمعنى واحد.
- (٣) في ش (لا يقطع) بدل (لا قطع على) والمعنى واحد.
- (٤) في ز (أحدهما) وفي ق (كل واحد) بدل (واحد منهما)، والأولى والثالثة تؤيدان إلى المعنى المراد. انظر البناية ج ٥ ص ٥٨٠، وفتح القدير ج ٥ ص ١٥٠، والمبسوط ج ٩ ص ١٤٧.
- (٥) في ش (فأحدهما) بدل (وأحدهما) والثانية أنسب للمعنى.
- (٦) في (السارق) بدل (سارق) والثانية أنسب لاستقامة العبارة.
- (٧) في ز (و) بدل (ثم) وتؤيدان لمعنى واحد.
- (٨) في ط (أخذ) بدل (أخذه) والثانية أنسب للسياق. وفي ش، ق زيادة (خرج وأخذ) وهي توضح المعنى أكثر.
- (٩) في ش زيادة (عشرة دراهم) والإثبات أفضل، لبيان نوع القصد، لمعرفة كمال النصاب عند تمام السرقة من عدمه.
- (١٠) (أو أكثر) سقطت من ش، ز، ق وإثباتها أنفع لتمام المعنى.
- (١١) في ز، ش، ق، ط (لا) بدل (لم) وتؤيدان إلى معنى واحد.
- (١٢) في ش، ز، ق، ط (بالإجماع) بدل (بلا خلاف) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
- (١٣) في الأصل (ملك) والمعنى لا يستقيم بها، وفي ز، ط، ق، زيادة (بالفهمان) وهي توضح المعنى.

مال نفسه^(١)، فإن أخذ^(٢) الثوب مشقوقًا، ولم يضمه، لم يقطع أيضًا عند أبي يوسف.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يقطع^(٣).

له: أن سبب الملك قائم عند تمام السرقة، وهو الشق الذي هو سبب الضمان، فصار كما لو^(٤) اشترى ثوبًا على أن البائع بالخيار، ثم سرقه^(٥) ثم فسخ البائع البيع.

لهما: أن الشق لا يصير سببًا للملك في الحال، وإنما يصير سببًا عند أداء الضمان، ولم يوجد.

١٢٢٠- قال (أبيوسف): لا يقطع سارق المصحف عندنا. خلافًا للشافعي. وعن أبي يوسف - في الإملاء - مثل قوله، وكذلك لو كان مفضضًا عندنا؛ لأن الفضة تبع للمصحف.

وجه رواية الإملاء: أنه نصاب محرز، كسائر الأموال.

وجه ظاهر الرواية: أن الناس لا يضمنون بالمصحف^(٦) لقراءة القرآن، فكان شبهة الإذن قائمًا^(٧).

١٢٢١- قال (أبيوسف): إذا سرق صبيًا صغيرًا، حرًا، وعليه حُلِيٌّ؛ لا يقطع، إلا رواية عن أبي يوسف^(٨).

(١) قوله (من وثق القطع، فلا يقطع بأخذ مال نفسه) سقطت من ش، ز، ق، ط. وذكرها أفضل لاكتمال الفائدة.

(٢) في ق، زيادة (المالك) وهي توضح المعنى أكثر.

(٣) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٦٤، والبنية ج ٥ ص ٦١٨، وفتح القدير ج ٥ ص ١٧٣.

(٤) في ش، ز، ق (إذا) بدل (لو) ومعناها واحد.

(٥) في ش زيادة (المشتري) وهي توضح المعنى أكثر.

(٦) في ز (لا يضمنون المصحف) وفي ط، ق (لا يضمنون بالمصحف) بدل (لا يضمنون بالمصحف) والمعنى واحد.

(٧) في ش، ز، ق، ط (ثابتًا) بدل (قائمًا) والثاني أنسب للمعنى.

انظر المبسوط ج ٩ ص ١٥٣، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢١٦، والباية ج ٥ ص ٥٤٧، ٥٤٨، وفتح القدير ج ٥ ص ١٣٢.

(٨) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٣٣، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢١٧، وانظر المسألة (١٢١٧).

وجه هذه الرواية: أنه سرق المال، وغير المال، فصار كما لو^(١) سرق ثوبًا، خلعًا، لايساوي شيئًا^(٢)، وعلى طرفه عشرة دراهم مصرورة^(٣).

وجه ظاهرة الرواية: أن المقصود في الأخذ هو الصبي، دون الحلبي؛ لأنه لو قصد الحلبي لأخذه وحده^(٤)، أما ما ذكر من المثال: قلنا إن لم يعلم السارق بالدراهم، لا يقطع^(٥)، وإن علم يقطع؛ لأنه قصدها.

١٢٢٢- قال (أبويوسف): لا يقطع السارق بالإقرار مرة واحدة، ويشترط الإقرار مرتين - وهو قول ابن أبي ليلى - وكذا في شرب الخمر. وقال أبو حنيفة ومحمد: يقطع بالإقرار مرة واحدة^(٦).

له: ماروي عن علي - رضي الله عنه - أنه أتى بسارق، فأقر مرتين، فقال: شهدت على نفسك مرتين، وقطعه^(٧)، ولأنه حد، فلا يقام بالإقرار مرة، كحد الزنا، إلا أن ثمة يشترط^(٨) الأربع، اعتبارًا بالحجة الأخرى، وهي الشهادة.

لهما: قوله - ﷺ - لذلك السارق: أسرق؟ ما أخاله^(٩) سرق^(١٠). فقال:

(١) في ش (إذا) بدل (لو) والمعنى واحد.

(٢) في ش، ز، ق، ط (بشيء) بدل (شيئًا) وإذا كان الفعل مبنيًا للمعلوم فالثانية أفضل. وإذا كان الفعل مبنيًا للمجهول، فالأولى أفضل مراعاة للقاعدة السحوية.

(٣) في ط (مشدودة) بدل (مصرورة) والثانية أفضل لشيوع استخدامها في هذا.

(٤) في ز (وحده) بدل (وحده) والثانية أنسب لعود الضمير فيها إلى مذكر وهو الحلبي.

(٥) (يقطع) سقطت من ح، وإبائتها أفضل لاستقامة المعنى.

(٦) وروي أن أبا يوسف رجع عن قوله إلى قولهما. (انظر المبسوط ج ٩ ص ١٨٢، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ١٥٢، والباية ج ٥ ص ٥٣٥، وفتح القدير ج ٥ ص ١٢٥).

(٧) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار، كتاب الحدود، باب الإقرار بالسرقعة التي توجب القطع، ج ٣ ص ١٧٠، والبيهقي، كتاب السرقعة، باب ما جاء في تعليق اليد في عنق السارق ج ٨ ص ٢٧٥.

(٨) في ش، ح، ق، ط، أ (شروط) بدل (يشترط) والمعنى واحد.

(٩) في ز زيادة (أنه) وليست في الروايات.

(١٠) في ق (أسرقت؟: ما أخاله أن يسرق) بدل (أسرق ما أخاله سرق). انظر تخريج الحديث.

بلى سرقته، فأمر بقطعه^(١)، ولأنه لم يشترط فيه زيادة العدد في الشهادة، فلا يشترط بالإقرار^(٢) كسائر الحقوق، والقصاص، وحديث علي - رضي الله عنه -^(٣) اتفاقي^(٤)، لا فصلي.

(١) رواه الطحاوي عن أبي هريرة قال: أتى يسارق إلى النبي - ﷺ - فقالوا: يا رسول الله إن هذا سرق فقال: «ما أخاله سرق» فقال السارق: بلى يا رسول الله قال: انهبوا به فاقطعوه، ثم احسموه، ثم إيتوني به». كتاب الحدود، باب الإقرار بالسرقة، التي توجب القلع، ج ٣ ص ١٦٨، ورواه البيهقي بهذا اللفظ، كتاب السرقة، باب ما جاء في الإقرار بالسرقة، والرجوع عنه، ج ٨ ص ٢٧٦.

ورواه أبوداود بلفظ: «ما أخالك سرقته» قال: بلى يا رسول الله، فأعادها عليه رسول الله ﷺ مرتين، أو ثلاثاً، فأمر به فقطع، كتاب الحدود، باب في التلغين في الحد، حديث رقم ٤٣٨٠، ج ٤ ص ١٣٤.

ورواه الطحاوي بنفس اللفظ في الكتاب والباب السابقين، والبيهقي أيضاً بنفس اللفظ في الكتاب والباب السابقين.

(٢) في ش، ح، ز، أ (في الإقرار) في ط (كالإقرار) بدل (بالإقرار) والأولى أنك تسمى

(٣) في الأصل زيادة (علي) وهو وهم من الناسخ، لأن هذا تكرار يحل بالمسمى

(٤) في ط (وطاقي) بدل (اتفاقي) والمعنى واحد.

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١٢٢٣- قال (محمد): إذا سرق ثوبًا، فقطعت يده، ثم صبغه أحمرًا^(١)، أو نحوه؛ لملكه أن يأخذه، ويضمن ما زاد الصغ فيه، وليس له أن يترك الثوب، ويضمه قيمته؛ لأن القطع، والضمان لا يجتمعان.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا سبيل له على الثوب. ولت السويق بالسمن^(٢) على هذا الخلاف^(٣).

له: أن أصل الثوب ملكه، إلا أنه اتصل به مال غيره، فيأخذه بقيمة^(٤) ماله، كما في العصب^(٥).

لهما: أنه لو ثبت له ذلك، كان له أن يمسك الثوب إلى أن يأخذ حقه، فكان شبهة، واعتراضها كقيامها، عند القضاء، فيظهر أنه قطع بغير حق، وذا لا يجوز.

(١) في ق زيادة (أو أصفرًا) وهذه الزيادة تفصل المعنى أكثر.

(٢) في ط زيادة (كذلك) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٣) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٧٢، والنهاية ج ٥ ص ٦٦١، وفتح القدير ج ٥ ص ١٧٥، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٣٤.

(٤) في ز (بقيته) بدل (بقيمة) والثانية أنسب للسياق.

(٥) في ق (المغصوب) بدل (العصب) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول أبي يوسف ولا قول فيه لمحمد

١٢٢٤- قال (أبو حنيفة): إذا سرق عشرة دراهم - رديئة - لم يقطع - وهو قول زفر - وإحدى الرايتين عن أبي يوسف - وفي رواية أخرى: إن كانت تروح، قُطِعَ^(١).

وجه هذه الرواية - أنه^(٢) بمتزلة الجيد؛ لأنه يروح.

وجه ظاهر الرواية: أن نقصان الوصف يوجب نقصان المالية، كنقصان العدد، فصار^(٣) شبهة مانعة من القطع.

(١) وروى ابن سماعة عن محمد أنه لا يقطع، وقوله: إن كانت تروح قطع، وهي رواية

الحسن عن أبي حنيفة، لأن المعتبر عشرة دراهم من النقد العالٍ.

انظر المسوط ج ٩ ص ١٣٨، والباية ج ٥ ص ٥٣٣، وفتح القدير ج ٥ ص ١٢٤.

(٢) (أنه) سقطت من ش، ز وذكرها أفضل لاستقامة المعنى.

(٣) في ز، ط (مصارف) بدل (مصار) ويجوز فيها التأنيث والتذكير.

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول محمد ولا قول لأبي يوسف فيه

- ١٢٢٥- قال (أبو حنيفة): إذا سرق ثوباً من تحت رجل من الحمام، يقطع - في رواية الحسن^(١) عنه .
وقال محمد - في رواية ابن سماعة: لا يقطع^(٢) .
وجه الرواية الأولى: أنه مال محرز بصاحبه .
وجه القول الثاني^(٣): أن الناس مأذونون بدخول الحمام، فاختلف الحرز، وصار^(٤) كسرقة ثوب موضوع فيه .

(١) في ش، ز، ح، ق، أ زيادة (ابن زياد) وهي زيادة مطلوبة لدفع الإيهام، إذ من اسمه الحسن كثيرون.

(٢) وقول أبي يوسف مع محمد. قال في فتح القدير: «أن على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن - أي في وقت دخولها - إذا كان شبه حائط، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقطع، وبه، أخذ أبو الليث، والصدر الشهيد في الكافي، وعليه الفتوى، وهو ظاهر المذهب . (ج ٥ ص ١٤٥) وانظر الشاية ج ٥ ص ٥٧٢. وتبين الحقائق ج ٣ ص ٢٢١.

(٣) في ز (الرواية الثانية) بدل (القول الثاني) والمعنى واحد.

(٤) في ز، ق، ط (فصار) بدل (وصار) وتؤيدان إلى المعنى .

باب ماتفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١٢٢٦- قال (أبوحنيفة): إذا سرق ثوبًا، فقطع به، ثم صبغه أسود، يرد عن المالك مجانًا.

وقال^(١) (أبيوسف): يمتنع الاسترداد. وقول محمد فيه كقولهما^(٢) فيما لو صبغه أحمرًا، كما ذكرنا في باب محمد^(٣). فهما يعتبران السواد زيادة، كالحمرة، وأبو حنيفة: يعتبره نقصانًا، وبالنقصان لا يمتنع الرد، ولا يضمن بالنقصان، كما لا يضمن بالاستهلاك.

١٢٢٧- قال (أبوحنيفة): إذا أقر العبد المحجور بسرقة مال بعينه من فلان، وكذبه مولاه، وقال: لا بل هو مالي، تقطع يده، وترد العين إلى فلان.

وقال أبيوسف: تقطع يده، ولا يرد إلى فلان، وقال محمد: لا تقطع يده، ولا يرد العين، إلى فلان^(٤)، إلا أنه يؤخذ بضمائه^(٥) بعد العتق^(٦).

له: أن هذا إقرار العبد على مولاه بقصر يده، وقطع ملكه عن العين، فلا يصح، فلم يثبت سرقة هذا العين، فلا يقطع. إلا أنه صح إقراره بالضماد

(١) في ش، ز، ط (وقول) بدل (وقال) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٢) في ش، ز، ح، ط، أ (وقول أبي يوسف ومحمد فيه كقولهما) بدل (وقال أبيوسف يمتنع الاسترداد، وقول محمد فيه كقولهما)، والعبارة الأولى أنسب للمعنى، لأن المراد أن عد محمد يرد الثوب أيضًا كقول أبي حنيفة.

(٣) انظر المسألة ١٢٢٣، والمبسوط ج ٩ ص ١٧٢، ١٧٣، والبنية ج ٥ ص ٢٢٢ وفتح القدير ج ٥ ص ١٧٦، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٣٥.

(٤) في ط زيادة (كما قال أبيوسف): وهذه الزيادة قد تحدث اللبس، فقد بهم أن قول محمد كقول أبي يوسف، بينما هما يتفقان فقط في عدم رد العين، ويختلفان في وجوب تقطع

(٥) في ط (بالضمان) بدل (بضمائه) والمعنى واحد.

(٦) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٨٣، والبنية ج ٥ ص ٦٠٦، وفتح القدير ج ٥ ص ١٦٦ وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٣١. وقول زفر كقول محمد في هذه المسألة.

في^(١) نفسه، فيؤاخذ بعد العتق.

لأبي يوسف: أن الإقرار بالسرقة في حق القطع إقرار على نفسه؛ فيصح، وفي حق المال إقرار على المولى، فلا يصح.

لأبي حنيفة: أن إقراره بالسرقة في حق القطع، إقرار على نفسه، وهو غير متهم فيه، فيصح مطلقاً، ومن ضرورته أن يكون المسروق ملكاً للمسروق منه، فيصح الإقرار^(٢) ضمناً أيضاً^(٣). والله أعلم.

(١) في ز، ق، ط زيادة (في حق نفسه) وهي توضح المعنى.

(٢) في ح، ق، أ، ط زيادة (به) وهي توضح المعنى.

(٣) (أيضاً) سقطت من ث، ز ولا يتغير المعنى بسقوطها.

باب ما قاله زفر على خلاف قول أصحابنا الثلاثة

١٢٢٨- قال (زفر): إذا أقر يزنا متقادم، أو بسرقة تقادمت^(١)، لا يجب الحد. وعندنا: يجب^(٢).

له: أن ظهوره بشيئين: بالبيئة، والإقرار، وأنه لا يظهر بالبيئة بعد تقادم العهد، فكذا بالإقرار^(٣).

لنا: أنه إقرار لا تهمة فيه، فيقبل، بخلاف الشهادة، لأنها ردت لشبهة الضغينة؛ لأنهم متى لم يشهدوا في الابتداء، واختاروا السر، تحمل شهادتهم على ذلك، وإليه أشار عمر - رضي الله عنه - لقوله: «أيما شهود شهدوا على حد، لم يشهدوا به عند حضرته، فإنهم شهود ضغن، ولا شهادة لهم»^(٤).

١٢٢٩- قال (زفر): السارق من المؤذع، والمستعير، والمضارب^(٥) والمُرْثَر. والمستبضع، لا يقطع بخصومة هؤلاء. وعندنا: يقطع^(٦).

له: أن شبهة الإذن بالأخذ، والتملك من المالك قائم عند خصومة هؤلاء، والقطع لا يجب مع الشبهة^(٧).

لنا: أن هذ سرقة ظهرت بحجة كاملة، وهي شهادة رجلين عند خصومة

-
- (١) في ط (تقادم) وفي ش (متقادمة) بدل (تقادمت) والثانية والثالثة تؤيدان إلى المعنى المراد.
 (٢) انظر المبسوط ج ٩ ص ٦٩، ١٧٦، ولم يذكر فيه خلاف زفر. وذكر خلاف زفر في السابعة ج ٥ ص ٤٣٠، والعناية للبايرني بهامش فتح القدير ج ٥ ص ٥٧.
 (٣) قوله (فكذا بالإقرار) سقط من ز، والإثبات أفضل لإيضاح المعنى.
 (٤) روله في المبسوط ج ٩ ص ٦٩.
 (٥) في ط زيادة (والغاصب) وهذه الزيادة تضيف معنى حديثاً.
 (٦) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٤٤، والبنابة ج ٥ ص ٥٩٥، وفتح القدير ج ٥ ص ١٤٩.
 (٧) ونبين الحقائق ج ٣ ص ٢٢٨، وقول الشافعي كنول زفر.
 (٧) في ح (بالشبهة) بدل (مع الشبهة) والمعنى واحد.

معتبره؛ لأن لهؤلاء حق الخصومة، لإعادة حقهم في الانتفاع، وإعادة يدهم، كالمالك سواء، وإذا ظهرت السرقة يجب القطع بالنص، وما ذكر^(١) من الشبهة قلنا: هذا محرد وهم لا أمانة عليه، وبهذا القدر لا تثبت الشبهة، لأنه قائم في كل موضع، وقد عرف^(٢).

١٢٣٠- قال (زفر): إذا دخل الدار، وأخذ المال، فلما أنتهى إلى الباب رماه، ثم خرج، وأخذه، لا يقطع.
وعندنا: يقطع^(٣).

له: أنه لا يجب القطع بالرمي؛ لأنه لو تركه لا يجب. ولا يجب بأخذه؛ لأنه أخذه من السكة كما لو أخذه غيره.
لنا: أنه صار مُخْرِجًا من الحرز برمي، فتمت السرقة، بخلاف ما لو لم يأخذ^(٤)؛ لأنه تضييع، وليس^(٥) بسرقة.

-
- (١) في ز (وما ذكرتم) بدل (وما ذكر) والثانية أفضل لدالاتها على مفرد وهو (زفر).
(٢) في ش، ز، في زيادة (في المختلف) وفي ط (في طريقة الخلاف) وهذه الريادة توضح مكان الخلاف. انظر مخلف الأصحاب، الورقة (١٤٣).
(٣) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٤٨، والبنية ج ٥ ص ٥٧٧، وفتح القدير ج ٥ ص ١٤٨، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٢٣.
(٤) في ش، ز، ط (يأخذه) بدل (يأخذ) والأولى أنسب للسياق.
(٥) في ز (وليست) بدل (وليس) ويجوز فيها التذكير والتأنيث.

باب ما قاله الشافعي خلافا لقول أصحابنا

١٢٣١- قال (الشافعي): يقطع سارق المصحف.

وعندنا: لا يقطع.

وقد مر في باب أبي يوسف^(١).

١٢٣٢- قال (الشافعي): ويقطع [سارق]^(٢) ما يتسارع إليه الفساد كالأطعمة، والثمار الرطبة.

وعندنا: لا يقطع^(٣).

له: قوله - ﷺ -: «لا قطع في ثمر، ولا كثر، إلا ما آواه الجرب»^(٤). ولأنه

(١) انظر المسألة (١٢٢٠) وذلك لأن عند الحنفية المصحف لا مالية له على اعتبار المكتوب، لأن معنى المالكية فيه تبع، لا مقصود، وإحراز المصحف يكون لأجل المكتوب.

وأما عند الشافعية فإنه يقطع؛ لأنه يجوز بيعه وشراؤه، فيكون مما يتمول ومتقوم. وليس فيه شبهة، وأما إذا كان المصحف موقوفاً على القراءة فيه فإنه لا يقطع بسرقة. لوجود الشبهة، وهو أنه أخذه للقراءة فيه أو للإستماع للقارئ فيه. (انظر المجموع للنووي ج ٩ ص ٢٤٠، ج ١٩ ص ١٢، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ٤٣٤، والنهاية ج ٥ ص ٥٤٨، ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٦٢، ١٦٣).

(٢) في الأصل (سارح) وهو وهم من الناسخ، إذا المعنى لا يستقيم بهذا، وفي ط (السارق) بدل (سارق) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) ولأبي يوسف رواية أخرى كقول الشافعي. (انظر المبسوط ج ٩ ص ١٥٣، والنهاية ج ٥ ص ٥٤٤، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢١٥، وفتح القدير ج ٥ ص ١٣٠، والألم ج ٦ ص ١٣٣ - وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ٤٣٤ ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٦٢).

(٤) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ». نصب الراية ج ٣ ص ٣٦٢. وقال المصنف: «هذا الحديث غريب بهذا اللفظ». (البنية ج ٥ ص ٥٤٦).

وروى أبوداود بهذا المعنى عن عبدالله بن عمرو بن العاص: «إن رسول الله - ﷺ - سئل عن الثمر المعلق فقال: «من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبة، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الحرين فبلغ نمن المجن، فعليه القطع» كتاب اللقطة حديث رقم ١٧١٠، ح ٢ ص ١٣٦، ورواه النسائي

سرق مالا محرزا.

لنا: قوله - ﷺ -: «لا قطع في الطعام»^(١). ولأنه تقل رغبة الناس فيه^(٢). فلا حاجة إلى الزجر عن أخذه.

وما روى، قلنا: أنهم كانوا يرون^(٣) اليابس منه، وذلك مما يبقى منه^(٤).

١٢٣٣- قال (الشافعي): يقطع^(٥) في^(٦) ربع دينار خالص، أو ثلاثة دراهم. نفرة خالصة.

وعندنا: لا يقطع^(٧) فيما دون عشرة دراهم^(٨) نفرة، ولا تقدير بالذهب عندنا. فيقوم بما قلنا^(٩).

بلغذ: «لا تقطع اليد في ثمر معلق، فإذا ضمه الجرين قطعت في ثمن المجن». كتاب نطع السارق، باب الثمر المعلق يسرق، حديث رقم ٤٩٥٧، ج ٨ ص ٨٤. ورواه ابن ماجة، كتاب الحدود، باب من سرق من الحرز، حديث رقم ٣٥٩٦، ج ٢ ص ٨٦٥، والحاكم في مستدركه، كتاب الحدود ج ٤ ص ٣٨١، كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن حده عبدالله بن عمرو بن العاص، بالفاظ متشابهة. والتحرين هو الموضع الذي يلقي فيه الرطب ليحف، وجمعه جرن، والمجن هو الترس، (البنية ج ٥ ص ٥٣٠، ٥٤٦).

(١) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ» (نصب الرابة ج ٣ ص ٣٦٢) وقال العيني: «هذا غريب بهذا اللفظ» الباية ج ٥ ص ٥٤٥، وروى أبو داود في المراسيل أن النبي ﷺ - قال: «إني لا أقطع في الطعام». حديث رقم ٢١٥، كتاب الحدود ص ١٥١، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه، أن رسول الله ﷺ: أتني برجل سرق طعاما فلم يقطعه، كتاب الحدود، باب في الرجل يسرق التمر، والطعام، حديث رقم ٨٦٣٦، ج ١٠ ص ٢٧.

(٢) في ط (فيه الرغبة) بدل (رغبة الناس فيه) والمعنى واحد.

(٣) في ز، ق، ط، أ (يرون) بدل (يرون) والأولى هي الصواب إذ الناس يزون اليابس من الطعام في الجرين، لا يرونه في الجرين.

(٤) (منه) سقطت من ح، أ، ق، ط، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٥) في ش، ق زيادة (السارق يقطع) وهي توضح المعنى. وفي ط زيادة (سارق) وهي تناسب ما جاء في هذه السخة حيث سقطت (في) فكانت الجملة (يقطع سارق ربع دينار).

(٦) (في) سقطت ز، ق، ط. وإثباتها هو الصحيح ما عدا نسخة ط لما مر في الفقرة السابقة.

(٧) في ز (قطع) بدل (يقطع) والمعنى واحد.

(٨) في ز (العشرة) بدل (عشرة دراهم) والثانية أفضل لوضوح التميز فيها.

(٩) اختلف الفقهاء، في هذا، فمنهم من أوجب القطع في ثلاثة دراهم من الفضة أو ربع دينار من الذهب. ومنهم من قال عشرة دراهم لا يقطع في أقل منه. ومنهم من قال: خمسة دراهم، ومنهم من قال: لأحد لأقله، وأما القائلون بالقطع في ثلاثة دراهم أو ربع دينار

احتلوا في تقويم سائر المسروقات الأخرى هل تقوم بالربع دينار، أم بالدرهم، لإمام مالك يقول: تقوم بالدرهم، لا بالربع دينار، والشافعي يقول: تقوم بالربع دينار لا بالدرهم، ولذلك الدرهم عنده إذا لم تلغ قيمتها ربع دينار لا يبع القطع. والإمام أحمد له قولان: الأول أنه يقوم بما قيمته ثلاثة دراهم. والثاني: يقوم بأدنى الأمرين من ربع دينار، أو ثلاثة دراهم واحتج القائلون بأن التقدير يكون بالربع دينار بقوله - ﴿لَا تَقْطَعُ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا﴾ رواه البخاري عن عائشة مرفوعاً، كتاب الحدود باب قول تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ ج ٨ ص ١٩٩، ورواه مسلم، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها، حديث رقم ١، ج ٣ ص ١٣١٢، بلفظ البخاري

واحتج القائلون بأن التقدير يكون بثلاثة دراهم، بما رواه البخاري عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قطع في مجن ثمة ثلاثة دراهم، كتاب الحدود، باب قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ ج ٨ ص ٢٠٠، رواه مسلم، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها، حديث رقم ٦ ج ٣ ص ١٣١٣. واحتج القائلون بأن النصاب خمسة دراهم بما روى أن أبا هريرة، وأبا سعيد الخدري قالوا: تقطع اليد في خمسة دراهم. رواه الترمذي كتاب الحدود، باب ما جاء في كم تقطع يد السارق، حديث رقم ١٤٤٦، ج ٤ ص ٥٠، ٥١.

واحتج القائلون بأن القطع لا يكون إلا في دينار أو عشرة دراهم بما رواه الطحاوي عن ابن عباس قال: كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ - عشرة دراهم. وروى أيضاً عن أم أيمن قالت: قال رسول الله ﷺ - ﴿لَا تَقْطَعُ يَدَ السَّارِقِ إِلَّا فِي جِحْفَةٍ وَقَوِيتَ يَوْمَئِذٍ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ﴾ ديناراً، أو عشرة دراهم. كتاب الحدود باب المقدار الذي تقطع فيه يد السارق، ج ٤ ص ١٦٣، ورواه النسائي عن أم أيمن بلفظ الطحاوي، كتاب قطع السارق، باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده، حديث رقم ٤٩٤٧، ج ٨ ص ٨٣. وبما رواه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمر بن العاص، قال: ﴿كَانَ ثَمَنُ الْمَجْنِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ - عَشْرَةَ دَرَاهِمَ﴾، حديث رقم ٤٩٥٦ الكتاب والباب السابقين ج ٨ ص ٨٤.

وأما القائلون بأنه يقطع في القليل والكثير وهم الحسن، وداود، والخوارج، وابن بستان الشافعي - فيستدلون بما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ - قال ﴿لَوْ سَرَقَ السَّارِقُ يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتَقْطَعُ يَدَهُ، وَيَسْرِقُ الْحَبْلَ فَتَقْطَعُ يَدَهُ﴾، كتاب الحدود، باب لمن السارق إذا لم يسم. ج ٨ ص ١٩٨، ورواه مسلم أيضاً في كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها، حديث رقم ٧ ج ٣ ص ١٣١٤. (انظر المبسوط ج ٩ ص ١٣٦، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢١٢، ٢١٣، والبنية ج ٥ ص ٥٢٨، وما بعدها، وفتح القدير ج ٥ ص ١٢١، وما بعدها، والام ج ٦ ص ١٤٧، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٥٨، بداية المصنف ج

له: أن النبي - ﷺ - قطع سارقاً في ربع دينار، وروي في ثلاثة دراهم، وروي في ثمن مجن^(١) وهو مُقَدَّر بما قلناه.

لنا: ما روي عن عبدالله بن عمرو بن العاص عن النبي - ﷺ - أنه كان لا يقطع اليد إلا في ثمن المجن، وهو عشرة دراهم^(٢)، وروي أنه لم يقطع يد^(٣) في عهد رسول الله - ﷺ - إلا في عشرة دراهم^(٤)، وما روى منسوخ بما روينا^(٥).

١٢٣٤- قال (الشافعي): قطع الطريق يتحقق بالنهار^(٦) في المصر، والسواد.

وعندنا: لا يتحقق، والواجب به التعزير، دون حد قطاع الطريق^(٧).

له: أنه وجد حقيقة، كما وجد في المفازة.

لنا: أن قطع الطريق، ما ينقطع به الطريق، وإذا لا يوجد في الأمصار، والقرى؛ لأن أهلها يدفعون ذلك^(٨).

١٢٣٥- قال (الشافعي): السارق من بيت زوجته، وذوي الأرحام المحارم، يقطع. وعندنا: لا يقطع^(٩).

٢ ص ٤٠٩، المقني لابن قدامة ج ٨ ص ٢٤٢، ٢٤٣.

(١) سبق تخريجه في الفقرة السابقة.

(٢) سبق تخريجه في الفقرات السابقة.

(٣) (يد) سقطت من ق، والأولى إثباتها لإيضاح المراد.

(٤) رواه البيهقي عن أبيه قال: لم تقطع اليد في زمان رسول الله - ﷺ - إلا في مجن وقيمت

يومئذ دينار، قال البيهقي: قال البخاري: أيمن الحشبي من أهل مكة، مولى ابن أبي عمرة

لمكي، سمع عائشة، روى عنه ابنه عبد الواحد بن أيمن. كتاب السرق، باب اختلاف

الناقلين في ثمن المجن، وما يصح منه وما لا يصح، ج ٨ ص ٢٥٧.

(٥) في ز، ش، ط (روينا) بدل (روياه) والمعنى واحد.

(٦) في ز (في النهار) بدل (بالنهار) والمعنى واحد.

(٧) انظر الجامع الصغير ص ٢٤٥، والمبسوط ج ٩ ص ٢٠١، والبنية ج ٥ ص ٦٤٠، وفتح

القدير ج ٥ ص ١٨٥، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٤٩، ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٨١،

والأم ج ٦ ص ١٥٢، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ٤٣٩، ولأبي يوسف في هذا قول

كقول الشافعي.

(٨) (ذلك) سقطت من ز، والأفضل ذكرها لتمام المعنى.

(٩) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٨٨، ١٨٩، فتح القدير ج ٥ ص ١٤٣، وتبيين الحقائق ج ٣ ص

له: أنه وجد سرقة مال الغير من حرز كامل.

لنا: أن بينهم مخالطة، ومباشرة، فكان الإذن بالدخول في بيته قائماً، فأنشأ السرقة من المسجد^(١).

١٢٣٦- قال (الشافعي): القطع مع الضمان يجتمعان حكماً لسرقة واحدة. وعندنا: لا يجتمعان^(٢).

له: أنه وجد إتلاف مال [مملوك]^(٣) للغير، بغير إذنه فيضمن، كالمص^(٤).

لنا: ما روى عبد الرحمن بن عوف عن النبي - ﷺ - أنه قال: «لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه»^(٥)، ولأن المال عند السرقة خرج من أن

٢٢٠، والباية ج ٥ ص ٥٦٧، ٥٦٨. وللشافعية في هذا ثلاثة أقوال: الأول وهو الأظهر أن يقطع أحد الزوجين بسرقة مال الآخر، والثاني: لا يقطع على واحد منهما للشبهة، والثالث: يقطع الزوج دون الزوجة، لأن لها حقوقاً في ماله، وهو ليس له حقوق في مالها. ويلاحظ أن الخلاف هنا في مال أحد الزوجين المحرز عنه كأن يكون في بيت أحدهما الذي لا يسكنان فيه، أو يكون مودعاً عند آخر. (انظر مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦٢، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ٤٣٥).

(١) في ش، ز، ق، ط زيادة (والحمام) وهي زيادة فيها تعصيل أكثر.

(٢) في ر (قال: القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا، وعنده يجتمعان حكماً لسرقة واحدة) بدل (قال الشافعي ... إلى ... لا يجتمعان) والثانية أفضل لموافقة أسلوب الكتاب في عرض الأقوال، ويلاحظ هنا أن العين إن كانت قائمة في يده بعد القطع ترد إلى صاحبها لبقائها على ملكه، وأما إذا كانت مستهلكة أو هلكت في يده لم يضمن عند الحنفية، وفي رواية الحسن بن أبي زياد عن أبي حنيفة، أنه يضمن بالاستهلاك دون الهلاك. (انظر الجامع الصغير ص ٢٤٥، والمبسوط ج ٩ ص ١٧٣، البناية ج ٥ ص ٦١١، ٦١٢، وفتح القدير ج ٥ ص ١٦٩، وانظر الأم ج ٦ ص ١٥١، ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٧).

(٣) في الأصل (المملوك) والمعنى لا يستقيم بهذا.

(٤) في ز (كالغاصب) بدل (كالقصب) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٥) في ط (ينه) بدل (يمينه) والثانية أفضل لورودها في رواية الدارقطني، والحديث رواه الدارقطني عن مسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف قال: قال رسول الله ﷺ: «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه» وبلغظ: «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد» قال الدارقطني: والمسور بن إبراهيم، لم يدرك عبد الرحمن بن عوف، وإن صح إسناده كان مرسلاً، كتاب الحدود والديات، حديث رقم ٢٩٦ - ٣٠٠. ج ٣ ص ١٨٢، ١٨٣. ورواه

تقطع يده.

وعندنا: لا تقطع^(٧).

له: أنه بالهبة لم يتبين أنه لم يسرق ملك الغير.

لنا: أنه ملك المسروق قبل تمام الحجة؛ لأن البينة في باب الحدود تصير حجة عند الاستيفاء؛ لأنها جعلت حجة لضرورة [ولا]^(٨) ضرورة إلى جعلها حجة قبل الاستيفاء؛ لأن المستوفي هو الإمام، ويمكنه الاستيفاء بجعلها حجة قبل الاستيفاء، بخلاف سائر الحقوق؛ لأن المستوفي غيره، فصار كما لو ملكه قبل القضاء، وتماه عرف في المختلف^(٩).

النسائي بلفظ: لا يفرم صاحب السرقة إذا أقيم عليه الحد. وروا النسائي بلفظ: لا يفرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد؛ وقال: وهذا مرسل، وليس بثابت. كتاب قطع السارق باب تعليق يد السارق في عنقه، حديث رقم ٤٩٨٤، ج ٨ ص ٩٣.

- (١) في ز (عن كونه) بدل (من أن يكون) والمعنى واحد.
- (٢) (والدم) سقطت من ح، والأولى إثباتها لزيادة الإيضاح.
- (٣) في ط (يجب) بدل (يرجب) والثانية أسب في الدلالة على المعنى.
- (٤) في ز، ط (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) بدل (لما عرف) والأولى أفصل لما فيها من زيادة إيضاح. (انظر مختلف الأصحاب الورقة ١٤٤).
- (٥) في ط (إذا ملك المسروق من السارق) بدل (السارق إذا ملك المسروق) والثانية أبلغ في الدلالة على المعنى.
- (٦) في ش، ط (الإمضاء) بدل (القطع) وتؤيدان إلى المعنى المراد إلا أن الثانية أكثر صراحة في التعبير عن المعنى.
- (٧) وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا يسقط القطع، انظر المبسوط ج ٩ ص ١٨٦، ١٨٧، والبنية ج ٥ ص ٦٠١، ٦٠٢، وفتح القدير ج ٥ ص ١٦٣، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٣٠، والام ج ٦ ص ١٣١ - ١٤٨، ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٦١.
- (٨) سقطت من الأصل، والمعنى لا يتم بدونها.
- (٩) في ز (يعرف في طريقة الخلاف) وفي ط (عرف في المطول) بدل (في المختلف) والثاني

١٢٣٨- قال (الشافعي). السارق يؤذي على أطرافه الأربعة بالسرقعة أربع مرات. وعبدنا: إذا سرق مرة^(١) تقطع يده اليمنى، فإذا سرق ثانياً تقطع^(٢) رجله اليسرى، ثم لا يقطع بعد ذلك^(٣).

له: قوله - ﷺ -: «من سرق فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه»^(٤)، ولأنه تكرر^(٥) الموجب، فيتكرر الموجب.

لنا: ما روي عن علي - رضي الله عنه - في السارق. «تقطع يده اليمنى، فإن عاد قطعت رجله اليسرى، فإن عاد استودعته السجن، لأنني استحي أن لا أضع له يداً يأكل بها، ورجلاً يمشي عليها»^(٦). ولأن القطع في المرة الثالثة إتلاف النفس من وجه؛ لأنه تفويت^(٧) منفعة البطش أصلاً، وهو غير مشروع حداً، أما الآية تخل بالزجر، أو فيه شبهة القتل، وقد عرف^(٨). وما روى

أفضل لاختصارها مع دلالتها على المعنى.

(١) في ط زيادة (واحدة) ولا أثر لهذه الزيادة.

(٢) في ش زيادة (به) ولا داعي لها.

(٣) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٤٠، والبنية ج ٥ ص ٥٨٦، فتح القدير ج ٥ ص ١٥٤، وانظر مغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٨، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ٤٣٦، والام ج ٦ ص ١٥٠.

(٤) في ق زيادة (إلى أربع) وهذه زيادة تفصيلية من المصنف، وليست من الحديث، والحديث رواه الدارقطني، بلفظ: «إذا سرق السارق فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله، فإن عاد فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله». كتاب الحدود، حديث رقم ٢٩٢، ج ٣ ص ١٨١ قال الزيلعي: والواقدي فيه مقال. (نصب الراية ج ٣ ص ٣٧٢) وروى أبو داود مثله عن جابر بن عبد الله قال: «جاء يسارق إلى النبي - ﷺ - فقال: اقتلوه فقالوا: يا رسول الله إنما سرق فقال: اقطعوه. إلى أن قال: ثم أتى به الرابعة فقال اقتلوه، قالوا يا رسول الله إنما سرق، فقال: اقطعوه... الحديث كتاب الحدود، باب في السارق يسرق مرة، حديث رقم ٤٤١٠، ج ٤ ص ١٤٢، ورواه النسائي بهذا اللفظ، كتاب قطع السارق. باب قطع اليدين والرجلين، حديث رقم ٤٩٧٨، ج ٨ ص ٩٠، وقال السائي وهذا حديث منكر.

(٥) في ش (يتكرر) بدل (تكرر) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٦) رواه الدارقطني، كتاب الحدود، حديث رقم ٢٨٨، ج ٣ ص ١٨٠، والبيهقي، كتاب السرقعة، باب السارق يعود فيسرق ثانياً، وثالثاً، ورابعاً، ج ٨ ص ٢٧٥.

(٧) في ز (بفوت) بدل (تفويت) وتؤيدان إلى معنى واحد.

محمول على السياسة، ألا ترى أنه قال: في المرة الخامسة، فإن عاد فاقتلوه، والقتل لا يشرع^(١) حدًا.

١٢٣٩- قال (الشافعي): إذا سرق عيبًا، ففقط فيه، ثم رد العين، ثم سرقة ثانية، يقطع - قياسًا.

وعندنا: لا يقطع - استحسانًا^(٢).

له: أنه سرق نصابًا محررًا، وصار كما لو سرقه غيره، أو هو^(٣) من غيره.

لنا: أن القطع أوجب سقوط عصمة هذا المال في حقه، وأثر القطع قائم. فكان شبهة سقوط العصمة قائمة^(٤) بخلاف ما إذا سرقه غيره؛ لأنه لا شبهة في حقه، وبخلاف ما إذا سرق من غيره؛ لأنه تبدل الملك، فيوجب^(٥) تبدل العصمة.

١٢٤٠- قال (الشافعي) [لا]^(٦) تظهر السرقة بخصوصية المودع، ومن يمثل حاله، لا في حق القطع، ولا في حق الأخذ.

وبينا وبين زفر خلاف من وجه^(٧) آخر، وقد مر في باب^(٨).

(١) في ش، ز، ق، ط (وتمامه عرف في طريقة الخلاف) بدل (وقد عرف) والأولى أكثر إيفاضًا من الثانية.

(٢) في ز (ما شرع) وفي ق (لم يشرع) بدل (لا يشرع) وتؤدي إلى معنى واحد.

(٣) ولأبي يوسف قول آخر كقول الشافعي: انظر المسبوط ج ٩ ص ١٦٥ والبنية ج ٥ ص ٥٦٢، وفتح القدير ج ٥ ص ١٤٠، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢١٩، ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٦٢.

(٤) في ط زيادة (سرقة) وهي توضيح المعنى.

(٥) في ش، ز (قائمًا) بدل (قائمة) والثانية أفضل، لأن الضمير يعود على مؤنث.

(٦) في ش، ز، ق، ط (لأن تبدل الملك يوجب) بدل (لأنه تبدل الملك، فيوجب) والمعنى واحد.

(٧) سقط - ما بين القوسين من الأصل، والمعنى لا يستقيم بدونه.

(٨) (من وجه) سقطت من ش، وإثباتها وعدمه لا يغير المعنى.

(٩) انظر المسألة (١٢٢٩).

له : أنه نائب المالك في الحفظ ، لا في غيره ، ولهذا لا يحصل^(١) خصم
إذا ادعاه غيره .
لنا أنه خصم في إعادة يده للحفظ - على ما مر في الخلاف .

(١) في ز (لم يجعل) وفي ش، ح، ق، ط، أ (لا يجعل) بدل (لا يحصل) والثانية أنسب
للمعنى .

باب جوابات مالك

- ١٢٤١- قال (مالك): جماعة سرقوا ثلاثة دراهم قطعوا بها.
وعندنا: مالم يبلغ نصيب كل واحد^(١) عشرة^(٢)، لا يقطعون^(٣).
له: أن ثلاثة دراهم نصاب كامل - لما مر للشافعي^(٤) - فهؤلاء جماعة سرقوا نصاباً، فيتناولهم النص^(٥).
لنا: أن النصاب عشرة - لما مر - وكان كل واحدة منهم سارقاً مادون النصاب، فلا يقطع.
١٢٤٢- قال (مالك): السارق إذا قطعت يده، وقد استهلك المال، إن كان يملك قيمتها للحال، يضمن لقدرته عليه، وإن لم^(٦) يملك لا يضمن، لا للحال، ولا بعده^(٧).

-
- (١) في ط زيادة (مهم) وهي توضيح المعنى.
(٢) في ط زيادة (دراهم) وهي تميز المراد.
(٣) في ح زيادة (السارق) ولا معنى لهذه الزيادة، ومدار الخلاف هنا هو اشتراك الجماعة في النصاب - دون النظر إلى مقدار النصاب - فعند الحنفية لا بد من أن يصيب كل واحد منهم نصاباً، وعند المالكية يقطع الكل بسرقة نصاب واحد. (انظر البناية ج ٥ ص ٥٢٨، وفتح القدير ج ٥ ص ١٢٨، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢١٤، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٤١٠، والكافي ج ٢ ص ١٠٨٤، وقال بعض المالكية: إذا دخل اثنان في الحرر فاشتركا في حمل نصاب فأخرجاه فإنه لا يقطع عليهما إذا تحقق شرطان:
الاول: أن يكون كل واحد منهما مستقل بإخراجه من الحرز دون صاحبه.
والثاني: أن لا ينوب كل واحد منهما نصاب. أما إذا لم يستقل أحدهما بإخراجه من الحرز فعليهما القطع حتى لو لم يب كل واحد منهما نصاب. (شرح الخرشى ج ٨ ص ٩٥).
(٤) انظر المسألة (١٢٣٣).
(٥) من قوله (له: أن ثلاثة ... إلى ... فيتناوله النص) سقط من ح. وذكره هو الصحيح لمعرفة حجة مالك.
(٦) في ز (وإن كان) بدل (وإن لم) وتؤيدان إلى معنى واحد.
(٧) في ز زيادة (للمعز منه) وفي ط (للمعز عنه) ولا أثر لهذه الزيادة في تغيير المعنى.

وبيننا وبين الشافعي خلاف من وجه آخر - على ما مر - (١) وما قاله مالك بعيد؛ لأنه إن وجد سبب الضمان، يضمن عند العجز، وينظر (٢) إلى ميسرة (٣)، وإلا لا يجب (٤) أصلاً.

١٢٤٣- قال (مالك): إذا دخل دار امرأته، وهما لا يسكنانها فسرقت منها، يقطع وعندنا: لا يقطع (٥).

له: أنه لا تأويل في مثل هذا الموضع، بخلاف بيت يسكن معها. لنا: أن لكل واحد منهما ولاية [الانتفاع] (٦) بمال صاحبه عادة، فكان الإذن بالأخذ (٧) ثابتاً عادة.

١٢٤٤- قال (مالك): الإمام في قطع الطريق بالخيار بين القتل والصلب، وقطع الأيدي والأرجل من خلاف، والنفي.

وعندنا: كل عقوبة مختصة بحالة: إن أخذ المال ولم يقتل، تقطع يده، ورجله لا غير، وإن قتل، ولم يأخذ المال، يقتل لا غير. وإن أخذ المال وقتل: عند أبي حنيفة: بخير الإمام، وعند أبي يوسف ومحمد: (٨) يقتل لا غير، لما مر - وإن خرف، وقطع الطريق (٩) ولم يأخذ المال، ولم يقتل،

انظر شرح الخرشي ج ٨ ص ١٠٣، والشرح الصغير وبلغه السالك ج ٢ ص ٤٠٣، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ١٠٨٧. وتبصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٥٥.

(١) انظر المسألة (١٢٣٦).

(٢) في ش، ق، ط (وينظر) بدل (وينظر) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ز (ميسرته) بدل (ميسرة) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٤) في ز زيادة (الضمان) وهي توضيح المعنى.

(٥) انظر شرح الخرشي ج ٨ ص ٩٨، والشرح الصغير وبلغه السالك ج ٢ ص ٤٠١. والمسألة (١٢٣٥).

(٦) في الأصل (الانتفاع) وهو وهم من الناسخ.

(٧) (بالأخذ) سقطت من ط، والإثبات أفضل لزيادة الإيضاح.

(٨) في ز زيادة (لا يخير). ولا تؤثر في تغيير المعنى، لأن لفظة (لا غير) أعيت عنها.

(٩) من قوله (ولم يأخذ المال) ... إلى ... وقطع الطريق) سقطت من ط. وهو وهم من الناسخ إذا اشتبهت عليه: (ولم يأخذ المال) الأولى بالثانية.

يحسن ويعزز، وهو المراد من النفي^(١).
له: أن هذه الأشياء سبق^(٢) بعضها على البعض بكلمة (أو)، فصار ككفارة
اليمين.
لنا: أن الصحابة - رضي الله عنهم - فسروا الآية على هذا الوجه^(٣).

(١) انظر تبصرة الحكام على هامش فتح المعلى المالك ج ٢ ص ٢٧٥. وشرح الخرشني ج ٨
ص ١٠٥، والشرح الصغير ويلفة السالك ج ٢ ص ٤٠٥، وانظر المألة (١٢١٥).
(٢) في ح (ساق) وفي ق، ط، أ (نسخ) بدل (سبق) والأخيرة أفضل لموافقة السياق.
(٣) في ح، أ، ز، ق، ط زيادة (تحميل عليه) وهذه الزيادة تكمل المعنى.

كتاب السير

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٢٤٥- قال (أبو حنيفة): العبد المملوك للمسلم إذا أبق إلى دار الحرب، وأخذ، الكفار؛ لم يملكوه^(١).

وعند أبي يوسف ومحمد: يملكونه^(٢).

لهما: أن استيلاء الكفار على المسلم^(٣) في دار الحرب سب للملك عندنا. وقد وجد، فصار كالدابة المنفلتة.

له: أن العبد لما^(٤) انفصل من دار الإسلام ظهرت يده على نفسه، لزوال المانع من^(٥) الظهور - وهو يد المالك - فيمنع استيلاء^(٦) الغير عليه، بخلاف الدابة؛ لأنه لا يد لها، وقد عرف^(٧).

١٢٤٦- قال (أبو حنيفة): حربي أسلم في دار الحرب، ثم ظهر المسلمون على الدار، وهو هناك، فجميع ماله الذي في يده له، وكنا ما كان في يد مودعه المسلم أو الذمي، أما ما كان في يد مودعه الحربي، أو غصبه منه بعد

(١) في ش (مملكونه) بدل (يملكوه) والثانية أفضل؛ لأنها مجزومة بلم.

(٢) انظر الجامع الصغير ص ٢٢٥، والبنية ج ٥ ص ٧٦٤ وفتح القدير ج ٥ ص ٢٦١، ونيس الحقائق ج ٣ ص ٢٦٣، البدائع ج ٩ ص ٤٣٦٨.

(٣) في ش، ز، ح، ق، ط زيادة (مال المسلم) وهذه الزيادة أفضل؛ لأن العبد يعتبر من مال المسلم.

(٤) في ش، ر، ح، ق، ط، أ (كما) بدل (لما) والثانية أبلغ في الدلالة على المعنى

(٥) في ز (عن) بدل (من) وتزدان إلى المعنى المراد.

(٦) في ط زيادة (يد) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٧) في ش زيادة (في الخلاف) في ق، ط زيادة (في طريقة الخلاف) وهي زيادة تبين مكان ورود الخلاف، انظر الورقة (١٣١).

إسلامه^(١) مسلم، أو ذمي، فهو للمسلمين^(٢).

وقال أبو يوسف ومحمد: هو له أيضًا^(٣).

لهما: أن يد المودع الحربي يده معنى، وبالعصب لا يزول ملكه، فلا ترون عصمته، وصار كالمودع الذمي.

له: أن يد الحربي يد غير محرزة، وعاصمة، والغاصب لا يحرز المال لملكه، فصار كمال ضائع، فيملك بالاستيلاء.

١٢٤٧- قال (أبو حنيفة): الذمي إذا لم يؤد الجزية^(٤) سنتين^(٥)، لا يطالب بها^(٦) مضي.

وقال أبو يوسف ومحمد: يطالب^(٧).

(١) في ش، ح (الإسلام) بدل (إسلامه) والثانية أوفق للسياق.

(٢) في ز، ق، ط زيادة (في) للمسلمين وهي توضح المعنى، والفاء هو ما يرجع إلى المسلمين من أموال الكفار بلا إيجاب بحيل ولا ركاب. (طلبة الطلبة ص ١٦٧، الدائع ج ٤٣٤١).

(٣) ذكر في المبسوط أنه إذا أودع ماله عند حربي ففي ظاهر الرواية يكون فيئا، وفي قول لأبي حنيفة: لا يكون فيئا، وذكر في شرح الجامع الصغير أن المال إن كان غصبا في يد المسلم، أو في يد الذمي، فهو فيء عند أبي حنيفة وعندهما: لا يكون فيئا، وفي السنة وفتح القدير: إذا أودع ماله حربي فهو فيء، بلا خلاف، وأما إن كان غصبا في يد مسلم أو ذمي، فعند أبي حنيفة فيء، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يكون فيئا. وذكر الزدوي أنه عند أبي حنيفة لو كان المال ودیعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي فهو فيء، وعند أبي يوسف ومحمد لا يكون فيئا، كذلك ذكر هذا قاضيخان، والتمرتاشي، (انظر الجمع الصغير وشرحه النافع الكبير ص ٢٦٠. والمبسوط ج ١٠ ص ٦٧، والسنية ج ٢ ص ٧١٤، وفتح القدير، والمناقب، والكفاية ج ٥ ص ٢٣٣).

(٤) الجزية هي ما يؤخذ من أهل الذمة. على الرجال منهم على المومنين ثمانية وأربعون درهما، وعلى الوسط أربعة وعشرون، وعلى المحتاج الحرث العامل بيده اثنا عشر درهما يؤخذ منهم كل سنة (وهذا عند الحنفية). (انظر الخراج لأبي يوسف ص ١٣٢، وليس المقصود ص ١٨٢، والدائع ج ٩ ص ٤٣٣٢).

(٥) في ش، ر، ح، أ، ط (سنتين) بدل (سنتين) والصحيح الأول: لأن الحكم هنا لا ينطبق بسنتين فقط بل بأي عدد كان من السنين.

(٦) في ز (لما) بدل (بما) الثانية أنسب للمعنى في هذا المقام.

(٧) انظر المبسوط ج ١٠ ص ٨٢، والدائع ج ٩ ص ٤٣٣٣ والبيان ج ٥ ص ٨٣١.

لهما: أنها حقوق واجبة في الذمة، فلا تسقط بالتأخير^(١).
 له: أن الجزية عقوبة الكفر، فإذا اجتمعت يكتفى بالواحد، كالحدود، ولأن
 الغرض هو الصغار^(٢)، ودفع الشر، وهذا يحصل بالواحد.
 ١٢٤٨- قال (أبو حنيفة): حربي دخل دارنا بغير أمان، فأخذه مسلم، فهو في
 للمسلمين^(٣)، ولا يخمس.
 وقال أبو يوسف ومحمد: يخمس، وهو للأخذ^(٤).
 لهما: أنه هو الآخذ، فكان له؛ كالركاز.
 له: أنه لما^(٥) دخل دارنا وقع في يد^(٦) المسلمين، فكان فينا لهم.
 وعلى هذا، لو أسلم هناك، ثم أخذه مسلم، فهو فيء عند أبي حنيفة؛ لأنه
 وقع في أيديهم قبل الخروج إلى دار الإسلام^(٧).
 وقال أبو يوسف ومحمد: هو حر، لأنه مسلم^(٨) قبل الأمر.

-
- والجامع الصغير ص ٣٨٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٩٧.
 (١) في ق زيادة (قياسًا على سائر الديون) وهي توضيح المعنى أكثر.
 (٢) في ق زيادة (والذلة) وهي تريد المعنى وضربًا.
 (٣) في ز، ط (لجميع المسلمين) بدل (للمسلمين) والمعنى واحد.
 (٤) انظر المبسوط ج ١٠ ص ٩٣، ومختصر الطحاوي ص ٢٩٢. والبدايع ج ٩ ص ٤٣٤١.
 (٥) في ش، ر، ق، ط (كما) بدل (لما) والثانية أنسب للمعنى.
 (٦) في ق، ز (أيدي) بدل (يد) وتؤيدان إلى معنى واحد.
 (٧) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (لو أسلم هنا، ثم أخذه مسلم فهو فيء عند أبي حنيفة لأنه
 وقع في أيديهم قبل الإسلام) بدل (لو أسلم هناك ... إلى ... دار الإسلام) والعبارة
 الأولى هي الصواب لأنه لو أسلم هناك - أي في دار الحرب - فإنه لا يصح استرقاقه
 بالاتفاق. (انظر البتاية ج ٥ ص ٧١١، تبیین الحقائق ج ٣ ص ٢٥٣). وإذا دخل دار
 الإسلام فأسلم قبل أن يؤخذ، ثم أخذه واحد من المسلمين يكون فيئًا لجماعة المسلمين
 عند أبي حنيفة، فإنه حينما دخل دار الإسلام انعقد سبيل الملك فيه لوقوعه في يد أهل
 الدار. فاعتراض الإسلام صار بعد انعقاد سبب الملك، ولذلك لا يمنع الملك، وأما عند
 أبي يوسف ومحمد: يكون حرًا؛ لأن سبب الملك هو الأخذ حقيقة، والإسلام وحده فل
 الأخذ، فمنع ثبوت الملك، (انظر البدائع ج ٩ ص ٤٣٤٣، والمبسوط ج ١٠ ص ٩٤)
 (٨) في ق، ز، ط (أسلم) بدل (مسلم) وتؤيدان إلى معنى واحد.

١٢٤٩- قال (أبوحنيفة): إذا جرى بين المستأمن^(١) في دار الحرب، وبين مسلم - أسلم هناك - بيع درهم بدرهمين، أو رباً آخر، أو قمار، فأخذ المسلم المستأمن من ذلك، حل له.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يحل له^(٢).

لهما: أنه رباً، أو قمار، أو بيع درهم بدرهمين^(٣) بين مسلمين^(٤) وهو^(٥) حرام.

له: أن مال الذي أسلم ثمة لا عصمة له عندنا؛ فصار كمال الحربي، ومال الحربي يجوز أخذه برضاه للمسلم المستأمن، كذا^(٦) هذا.

١٢٥٠- قال (أبوحنيفة): المرتد إذا مات، أو قتل، أو قضي بلحاظه بدار الحرب، وترك مالاً اكتسبه قبل الردة؛ فهو لورثته المسلمين، وما اكتسبه بعد الردة، فهو قيء، ويوضع في بيت المال.

وقال أبو يوسف ومحمد: كلاهما لورثته المسلمين^(٧).

لهما: أن ملكه ملك صحيح، أما في كسب الإسلام، فظاهر، وكذا كسب الردة؛ لأن عقوده نافذة عندهما، فكان لورثته.

له: أن عقود المرتد موقوفة، لتردد حاله، فلم يكن ملكه^(٨) صحيحاً، فكان كحربي مقيور في أيدينا.

-
- (١) في ش، ز، ح، ق، ط، أ زيادة (المسلم المستأمن) وهذه الزيادة مطلوبة إذا المعنى لا يتم بدونها.
- (٢) (له) سقطت من ز، ط وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى. انظر المبسوط ج ١٤ ص ٥٨، والباية ج ٥ ص ٥٧٠، وفتح القدير ج ٦ ص ١٧٧، والبدائع ج ٧ ص ٣١٢٨.
- (٣) قوله (أو بيع درهم بدرهمين) سقط من ش، ق، ط. وإثباته أفضل لاكتمال المعنى.
- (٤) في ش، ق، ط (المسلمين) بدل (مسلمين) والمعنى واحد.
- (٥) في ز (أنه) بدل (وهو) وتؤديان إلى معنى واحد.
- (٦) في ش (فكذا) بدل (كذا) والمعنى واحد.
- (٧) انظر الجامع الصغير ص ٢٥٢، والبنية ج ٥ ص ٨٥٩. وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٣، والمبسوط ج ١٠ ص ١٠١. والبدائع ج ٩ ص ٤٣٩١، والمآلة ١٢٧٧.
- (٨) في ق زيادة (ملكه ملكاً) وهي تؤكد المعنى.

١٢٥١- قال (أبوحنيفة): إذا^(١) ارتد أهل مصر، وغلبوا عليه، وهو متصل بدار الحرب ولم يبق فيه مسلم، ولا ذمي آمنًا بالأمان الأول، وأظهروا فيه أحكام الكفر؛ صار^(٢) دار الحرب^(٣)، فإن عدم شيء من هذه الشروط الثلاثة، لم يصر دار الحرب

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا غلب^(٤) أهل الشرك، وأظهروا أحكامهم صار دار الحرب. ولا يشترط الاتصال، وزوال الأمان الأول^(٥).

لهما: أن دار الإسلام ما ظهر فيه أحكام المسلمين، من غير شرط آخر، ودار الحرب ما يظهر فيها أحكام أهل الحرب أيضًا.

له: أن هذا الموضوع كان دار الإسلام، لوجود هذه الأمور الثلاثة، فلا يصير دار الحرب ما دام فيه شيء منها، بخلاف دار الإسلام؛ لأننا رجحنا أعلام الإسلام وأحكامهم إعلاء^(٦) لكلمة الإسلام، أما ههنا بخلافه.

١٢٥٢- قال (أبوحنيفة): من قصد قتل إنسان بالعصا، في المصر، نهازا فقتله المقصود بالسيف؛ لزمه القصاص.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا قصاص عليه^(٧).

لهما: أنه قتله دفعًا واضطرارًا، فصار كما لو قصده بالسيف، أو بالعصا ليلاً، أو في المفازة ليلاً، أو نهازا.

له: أنه قتله عمدًا، وهو غير مضطر فيه؛ لأن القتل بالعصا لا يتعجل، والغوث يلحقه غالبًا^(٨)، بخلاف السيف؛ لأنه لا يلبث^(٩) وبخلاف الليل،

(١) في ط (من) بدل (إذا) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) في ش، ز، ط (صار) بدل (صار) واللفظتان جائزتان.

(٣) في ش، ط (حرب) بدل (الحرب) والأولى أنسب للعبارة.

(٤) في ش، ز، ق، ط زيادة (عليه) وهي توضح المعنى أكثر.

(٥) انظر المبسوط ج ١٠ ص ١١٤، ومختصر الطحاوي ص ٢٩٤، ٢٩٥.

(٦) (إعلاء) سقطت من ش، والأفضل إثباتها لاكتمال المعنى.

(٧) انظر تبيين الحقائق ج ٦ ص ١١٠، وفتح القدير ج ٩ ص ١٦٧. والبنية ج ١٠ ص ٥٤.

وهذه المسألة من مسائل القصاص والمفروض أن تكون في كتاب الجنابات.

(٨) قوله (والغوث يلحقه غالبًا) سقط من ش. والإثبات أفضل لاكتمال الحجة.

(٩) في ز (لا يلبثه) بدل (لا يلبث) والثانية أنسب للمعنى.

والمفاضة، لأنه لا يلحقه الغوث.

١٢٥٣- قال (أبو حنيفة): أسير مسلم قتل أسيرًا آخر^(١) مسلمًا في دار الحرب، عمدًا أو خطأ، لا شيء عليه، إلا الكفارة في الخطأ.

وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الدية في ماله، في العمد والخطأ^(٢).

لهما: أنهما من أهل دارنا حقيقة، ومقامها لضرورة، وعارض، فصارا كالمسلمين المستأمنين، إلا أن لا يجب القصاص؛ لأنه ليس بدار^(٣) استيفاء العقوبات، وتجب الدية في ماله، لعدم العاقلة^(٤).

له: أن الأسير مفهور في أيديهم، يتبعهم في السفر والإقامة، فصار كالذمي أسلم هناك^(٥).

١٢٥٤- قال (أبو حنيفة): الكفار إذا استولوا^(٦) على عبد مسلم، وأحرزوه بدارهم، ثم استولى عليه المسلمون، وصار بالقسمة لواحد منهم، ثم فقا عينيه إنسان، فقصته مالكة قيمة العينين، وسلم إليه الجثة، ثم جاء المالك القديم؛ يأخذ العبد^(٧) بقيمته أعمى.

وقال أبو يوسف ومحمد: يأخذ بقيمته بصيرًا^(٨).

(١) (آخر) سقطت من ش. والإتيات أفضل لإيضاح المعنى.

(٢) انظر البناية ج ٥ ص ٧٧٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٦٩، ٢٧٠، تبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٦٧.

(٣) في ط (دار) بدل (بدار) والثانية أفضل للأسلوب.

(٤) (لعدم العاقلة) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لبيان سبب وجوب الدية في ماله.

(٥) في ش، ز، ق، ط (تمة) بدل (هناك) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) في ش (إذا استولى الكفار) بدل (الكفار إذا استولوا) والمعنى واحد.

(٧) في ش، ح، ز، ق (يأخذه) بدل (يأخذ العبد) والمعنى واحد.

(٨) والأصل عند الحنفية أن الكفار إذا استولوا على مال المسلم يزول ملك المسلم عنه، ويثبت للكفار، فإذا ظهر عليهم المسلمون فأخذوا هذا المال وأحرزوه بدار الإسلام ووجد المالك القديم ماله قبل القسمة؛ أخذه بغير شيء سواء كان من ذوات القيم، كالدراب والعبد وغيره، أو من ذوات الأمثال كالدرهم والدنانير والفلوس.

وأما إذا كان بعد القسمة، إن كان من ذوات الأمثال لا يأخذه؛ لأنه لو أخذه أخذه مثله فلا يفيد، وإن لم يكن من ذوات الأمثال يأخذه بقيمته إن شاء، لأن الأخذ بالقيمة مراعاة

لهما: أن هذا فوات وصف، فلا يسقط به شيء من قيمته، كما لو عمي بآفة
سماوية.

له: أن الطرف يصير مقصودًا بالتناول، فإذا فات بعض الأصل، سقطت^(١)
حصته من القيمة، كالولد مع الأم.

الجابين: جانب الملك القديم، وجانب الغانمين. (انظر المبسوط ج ١٠ ص ٥٤، والبدائع
ج ٩ ص ٤٣٦٩).

وأما بالنسبة للمسألة فقد ذكر في الجامع الصغير أنه إذا أسر العدو عدداً سألماً فاشتراه
رجل، فأخرجه فمقتت عينه، فأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذه به من العدو
ولا يأخذ الأرض. ولم يذكر الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه.

(الجامع الصغير ص ٢٥٥ وانظر أيضاً نيين الحقائق ج ٣ ص ٢٦٢).

(١) في ش، ز، ح، ق، ط (سقط) بدل (سقطت) والثانية أمصل لدلالاتها على مؤنث وهو
الحصنة.

باب قول أبي يوسف خلافا لصاحبيه

١٢٥٥- قال (أبيوسف): الحربي إذا أسلم في دار الحرب، ثم استولى المسلمون على تلك الدار. روي عن أبي يوسف: أن عقاره لا يصير فيثا، وفي ظاهر الرواية، يملكونه^(١).

وجه تلك الرواية: أن العقار في يده، فصار كغيره من الأموال. وجه ظاهر الرواية: أن أرض دار الحرب في يد جميع أهل الحرب، فإذا جعلوه دار الإسلام، فقد أبطلوا أيديهم عنه، واستولوا عليه.

١٢٥٦- قال (أبيوسف): المسلم الذي^(٢) دخل دار الحرب بأمان إذا باع من حربي درهما بدرهمين، أو قامره، وأخذ المال، أو باع خمرا، أو خنزيرا، أو ميتة^(٣)؛ لا يحل له ذلك.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يحل^(٤).

له: أن الربا والقمار حرام.

لهما: أن ماله^(٥) مباح، إلا أن بالأمان لا يحل أخذه بغير رضاهم، فإذا رضي بأي طريق كان؛ يحل.

١٢٥٧- قال (أبيوسف): العادل^(٦) إذا قتل مورثه الباغي في دار

(١) انظر المبسوط ج ١٠ ص ٦٦، والبدائع ج ٩ ص ٤٣١٧، والبنية ج ٥ ص ٧١٢، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣١.

(٢) في ق (إذا) بدل (الذي) والثانية أفضل حتى لا تتكرر إذا.

(٣) قوله: (أو باع خمرا أو خنزيرا أو ميتة) سقطت من ش، ح، ز، ق، ط، أ. وثباتها أفضل؛ لأن بيع المسلم للحربي ميتة، أو التعامل منه بالقمار، وجميع العقود الفاسدة بين المسلم والحربي على هذا الخلاف. (انظر البدائع ج ٩ ص ٤٣٧٨، والمبسوط ج ١٠ ص ٥٦).

(٤) انظر المصدرين السابقين، والبنية ج ٦ ص ٥٧٠، وفتح القدير ج ٦ ص ١٧٧.

(٥) في ش، ح، ق، ط، أ (مالهم) بدل (ماله) الأولى أنسب للفظ (رضاهم).

(٦) العادل ضد الباغي، والباغي مأخوذ من البغي، وهو الخروج عن طاعة الإمام. (لياسة ج ٥

الحرب^(١)، يرثه بالإجماع لأنه قتل بحق. ولو قتل الباغي مورثه العادل، لا يرث عند أبي يوسف - وهو قول الشافعي.
وقال أبو حنيفة ومحمد: يرث^(٢).

له: أنه قتل بغير حق، فيوجب حرمان الميراث.
لهما: أنه قتله عن تأويل - وإن كان فاسداً - وهو ملحق بالصحيح في حقه؛
لأنه يظنه كذلك، ولهذا لم يجب^(٣) القصاص، ولا دية، ولا كفارة^(٤).

-
- ص ٨٨٨ وانظر (انيس الفقهاء ص ١٨٧).
- (١) (دار الحرب) سقطت من ز، ولا يتغير المعنى سقوطها. بل الصحيح أنه في الحرب وليس في دار الحرب، لأن الناعى ليس بحربي، بل مسلم خرج عن طاعة الإمام (انظر تبين الحقائق ج ٣ ص ٢٩٣).
- (٢) انظر المسموط ج ١٠ ص ١٣١، ١٣٢، والبنابة ج ٥ ص ٨٩٩، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣٩، وتبين الحقائق ج ٣ ص ٢٩٥، ٢٩٦.
- (٣) في ش، ز، ق، ط زيادة (عليه) وهي توضح المعنى.
- (٤) في ش، ق، ط (والديه والكفارة) بدل (ولا دية ولا كفارة) والثانية أبلغ في الدلالة على المعنى.

باب قول محمد على خلاف صاحبيه

١٢٥٨- قال (محمد): أمان العبد المحجور عليه^(١) عن القتال، صحيح - وهو قول الشافعي - .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح^(٢).

له: قوله - ﷺ -: ^(٣) «ويسعى بذمتهم أدناهم»^(٤) من غير فصل .

وروي أن عبداً أُمِّنَ قوماً محصورين، فأجازه عمر - رضي الله عنه - وقال: «هو»^(٥) أمان رجل من المسلمين، كيف أردته؟^(٦)، ولأن الأمان لا يصح إلا في حال ضعف المسلمين، فكان نظراً لهم. والعبد والحر فيه سواء.

لهما: أن أمان العبد تصرف في ملك المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر به؛ فلا يلزمه^(٧) إلا برضا المولى. بيانه: أن بالأمان يحرم القتال.

(١) (عليه) سقطت من ط وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.

(٢) وفي رواية أخرى أن أبا يوسف مع محمد. وهي رواية الكرخي عنه. (المبسوط ج ١ ص ٧٠، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٤٧، ٢٤٨، والبداية ج ٩ ص ٤٣١٩).

(٣) في ط، ش، ز زيادة (المسلمون تنكأ دماؤهم) وهي رواية أبي داود، وابن ماجه.

(٤) رواه البخاري بلفظ: «وفمة المسلمين واحدة يسمى بها أدناهم» كتاب المرائض، باب إنه من تبرأ من مواليه، ورواه مسلم بلفظ البخاري، كتاب الحج، باب فضل المدينة حديث رقم ٤٦٩، ٤٧٠. ورواه أبو داود، بلفظ: «المؤمنون تنكأ دماؤهم، وهم يد على من سواهم، ويسمى بذمتهم أدناهم» كتاب الديات، باب أيقاد المسلم بالكافر حديث رقم ٤٥٣٠، ج ٤ ص ١٨١، وابن ماجه بلفظ أبي داود، كتاب الديات، باب المسلمون تنكأ دماؤهم، حديث رقم ٢٦٨٣، ج ٢ ص ٨٩٥.

(٥) في ق (هذا) بدل (هو) والمعنى واحد. ولفظه (هو) سقطت من ط. ولا يغير المعنى.

(٦) رواه البيهقي كتاب أهل البغي، باب أمان المرأة المسلمة والرجل المسلم حراً أو عبداً. ج ٨ ص ١٩٤، وابن أبي شيبه في مصنفه، كتاب الجهاد، باب في أمان المرأة والمملوك، حديث رقم ١٥٢٤٠، ج ١٢ ص ٤٥٤.

(٧) في ش، ز، ق، ط (ولا يلزم) بدل (فلا يلزمه) والأولى أنسب للمعنى.

والاستغنام، فلا يتهياً للمولى استعمال عبده في ذلك^(١). وأما الحديث
فالمراد^(٢) منه الإحراز بدليل ما ذكرنا. والمراد من الأدنى: القريب. وعمره -
رضي الله عنه - أجاز أمان العبد المأذون، وبه نقول، وما ذكر من المصلحة
نعمت^(٣) بالاجتهاد، فلا ينفذ على المولى. والله أعلم.

(١) بي زيادة (وقد عرف في المختلف) وفي ط زيادة (الوقت وقد عرف في المختلف) وهاتان
الزيادتان تؤديان إلى وضوح المعنى، ومعرفة مكان ورود الخلاف.

(٢) في ش (قلنا: المراد) بدل (فالمراد) والمعنى واحد.

(٣) ش، ق، ط (تعرف) بدل (نعمت) والأولى أنفضل لموافقة السياق.

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول محمد ولا قول لأبي يوسف فيه

١٢٥٩- قال (أبو حنيفة): إذ^(١) اشترى أمة من أهل الحرب أو نُقِلَ الإمام، واستراها بحبيضة؛ لم يقربها حتى يحوزها في دار^(٢) الإسلام. وقول محمد: له ذلك^(٣).

لمحمد: أنه ثبت^(٤) الملك له، لوجود سببه.

لأبي حنيفة: أن الملك لم يتم إلا بعد إحراز^(٥) بدار الإسلام لما عرف^(٦).

١٢٦٠- قال (أبو حنيفة): إذا وقع الحريق في السفينة، وهو يعلم أنه لو صبر فيها احترق، فألقى نفسه في الماء، وهو يعلم أنه يغرق، لم^(٧) يكره له ذلك.

وقال محمد: يكره، وقول أبي يوسف مضطرب^(٨).

(١) في ق، ط (رجل) بدل (إذا) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٢) في ش، ح، ق، ط، أ (بدار) بدل (في دار) والمعنى واحد.

(٣) وهذا الخلاف في ظاهر الرواية في التمسيل فقط، وذكر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة فأما بالشراء، فلا خلاف في ظاهر الرواية في أنه يجوز وطؤها بعد استبرائها في دار الحرب، (انظر المبسوط ج ١٠ ص ٧٢، ٧٤، والبنية ج ٥ ص ٧٥١، ٧٥٢، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٥٣).

(٤) في ش (لم يثبت) بدل (ثبت) والثانية أفضل لموافقة المعنى.

(٥) في ح، ق، أ (الإحراز) بدل (إحراز) والأولى أنسب للسياق.

وفي ز، ط (بالإحراز) بدل (بعد إحراز) والمعنى واحد.

(٦) انظر المسألة رقم ١٢٥٤، ١٢٥٥

(٧) في ش (لا) بدل (لم) والمعنى واحد.

(٨) إذا كان يرجو النجاة في أحد الجانبين تعين عليه ذلك؛ لأنه مأمور بدفع الهلاك عن نفسه، وإن كان يرجو النجاة في الجانبين يغير لاختلاف أحوال الناس، وإن كان يرحو النجاة في واحد من الجانبين فهو على هذا الخلاف. وذكر في المبسوط قول أبي يوسف مع أبي حنيفة. (المبسوط ج ١٠ ص ٧٧، ومختصر الطحاوي ص ٢٩٣).

لمحمد: أن هذا إلقاء نفس في التهلكة باختياره^(١)، بخلاف الصبر في
السنة؛ لأنه يتحملة باضطراره^(٢).
لأبي حنيفة: أنه ابتلى ببليتين، وهما سواء في الإفضاء إلى الهلاك، فيختار
أيهما شاء، والصبر بالاختيار^(٣) كالإلقاء^(٤).

-
- (١) في ح، ز، ق، أ (باختيار) وفي ط (عن اختيار) بدل (باختياره) وتؤدي إلى المعنى المراد.
(٢) في ش، ح، ز، ط (باضطرار) بدل (باضطراره) والمعنى واحد.
(٣) في، ز (باختيار) وفي ط (باختياره) بدل (بالاختيار) وتؤدي إلى معنى واحد.
(٤) في ق زيد (في الماء) وهي توضح المعنى أكثر.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد، ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٢٦١- قال (أبيوسف):^(١) الكفار إذا أسروا جارية مسلمة، وأحرزوها بدارهم، ثم ظهر عليها المسلمون، فوقعت في سهم رجل، وياعها من آخر بثمان معلوم، فولدت^(٢) عند المشتري، ثم ماتت، وبقي الولد، ثم جاء المالك القديم؛ له أن يأخذ الولد بكل الثمن، ولو كانت الأم قائمة لم يأخذها، إلا بكل الثمن^(٣).

وفي قوله الأول - وهو قول محمد: يأخذ^(٤) بحصته من الثمن، والمسألة في الجامع الكبير^(٥).

لمحمد: أن هذا الحكم متى سري إلى الولد؛ صار كأن الأسر ورد عليهما، فيأخذ الباقي بحصته.

لأبي يوسف: أن جزء الأم، قائم مقامها، فصار كأن الأصل قائم، ولو^(٦) فات بعض أطرافها يأخذ^(٧) الباقي بكل الثمن، فكذا هذا.

١٢٦٢- قال (أبيوسف): إذا حاصر المسلمون أهل حصن، فنزلوا على حكم الله

(١) في ح، ط، أ زيادة (آخرًا) وهذه الزيادة تبين أن لأبي يوسف قرلين في هذه لمسألة.

(٢) في ش، ز، ح، ط، أ (وولدت) بدل (فولدت) والمعنى واحد.

(٣) قوله (ولو كانت الأم قائمة لم يأخذها إلا بكل الثمن) سقطت من ش، ز، ح، ق، ط، أ وإثباتها أفضل، لأن فيها زيادة تفصيل.

(٤) في ش، ز، (يأخذ) بدل (يأخذ) والثانية أفضل، لموافقة سياق الكلام.

(٥) انظر الجامع الكبير ص ٢٥١.

(٦) في ح (وقد) بدل (ولو) والثانية أنسب لأداء المعنى. ولفظة (ولو) سقطت من ش، ز، ق، ط. وإثباتها أفضل لاستقامة المعنى.

(٧) في ش، ز (يأخذ) بدل (يأخذ) والثانية أنسب للسياق.

تعالى، جار^(١) أن يحكم فيه بالأسر والقتل.
وقال محمد: لا يجوز^(٢).

له: أن حكم الله تعالى في ذلك مختلف فيه بين العلماء، ولا^(٣) يعلم
يقيناً، وإلى هذا أشار النبي - ﷺ - فإنه كان إذا أمر أميراً على جيش [قال^(٤)]
له: «وإذا^(٥) حاصرت أهل حصن، [فأرادوك]^(٦) أن تنزلهم على حكم الله
تعالى، فلا تنزلهم، فإنك لا تدري، هل تصيب فيهم حكم الله تعالى؟»^(٧).
لأبي يوسف: أنهم أهل حرب^(٨)، وحكم الله تعالى معلوم فيهم، وماروى
كان^(٩) في ابتداء الإسلام، ثم نسخ^(١٠) ذلك.

١٢٦٣- قال (أبيوسف): لا يجوز الزيادة على الخراج الموظف بتوظيف الإمام،
وإن أطاق الأرض.

(١) في ق (كان) بدل (جاز) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) وأما إذا استرلهم على حكم عبد من العباد، فلا يخلو من وجهين: إما أن يستنزروهم
على حكم رجل معين، فهذا جائز بالإجماع. وإن نزلوا على حكم رجل غير معين، فللإمام
أن يعين رجلاً صالحاً للحكم فيهم، أو يحكم للمسلمين بنفسه بما هو أفضل لهم. (البدع
ج ٩ ص ٤٣٢١ - ٤٣٢٤).

(٣) في ش، ز، ق، ط (فلا) بدل (ولا) والمعنى واحد.

(٤) في الأصل (فقال) ولا تناسب السياق.

(٥) في ش، ر، ق، (فإن) بدل (وإذا) والثانية هي الواردة في رواية مسلم.

(٦) في الأصل (فأردك) وهو وهم من النسخ.

(٧) في ط زيادة (أم لا) وهي زيادة صحيحة تكمل الحديث.

والحديث رواه مسلم بلفظ: «وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم
الله، فلا تنزلهم على حكم الله، ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أنصيب حكم
الله أم لا ٩٩. كتاب الجهاد والسير باب تأمير الإمام الأمراء على البعث، ووصيته بإمام
بأداب العز و غيرها، حديث رقم ٣، ج ٣ ص ١٣٥٨، ورواه البيهقي كتاب السير، باب
نزول أهل الحصن أو معضهم على حكم الإمام، أو غير الإمام إذا كان المرول على حكمه
مأموناً. ج ٩ ص ٩٧. كما رواه أبوداود في الجهاد، والترمذي في السير، وابن ماجة في
الجهاد، والدارمي في السير، والإمام أحمد في مسنده ج ٥ ص ٣٥٨.

(٨) في ز، ق، ط (الحرب) بدل (حرب) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٩) في ط، ز زيادة (ذلك) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(١٠) في ش، ز، ق، (علم) بدل (نسخ) والثانية أنسب للمعنى.

وقال محمد: يجوز^(١).

له: أنه [يجوز]^(٢) النقصان عند [نقصان الطاقة]^(٣)، فتجوز الزيادة عند زيادتها.

لأبي يوسف. أن عمر - رضي الله عنه -: لم يزد في خراج سواد العراق، مع قولهم^(٤): لو ردنا لأطأقت.

(١) انظر المبسوط ج ١٠ ص ٧٩، والبنابة ج ٥ ص ٨٠٧. وفتح القدير ج ٥ ص ٢٨٢،

٢٨٣. وتيسر الحقائق ج ٣ ص ٢٧٤. وروي عن أبي حنيفة أن قال بمثل قول أبي يوسف.

(٢) في الأصل (جوز) ولا تناسب السياق.

(٣) في الأصل (النقصان طاقة) والعبارة لا تستقيم بها.

(٤) في ز، ق، ط (قولهما) بدل (قولهم) والأولى هي الصحيح، لأن المراد: حذيفة بن

اليمان، وعثمان بن حيف، والحديث رواه البخاري، كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل

عثمان، ج ٥ ص ١٩.

باب ما قاله الشافعي خلافاً لقول علمائنا

١٢٦٤. قال (الشافعي): لا تنقع الفارقة بين الزوجين في تباين^(١) الدارين.
وعندنا: تنقع. وقد مر^(٢) في كتاب النكاح^(٣).
والدار داران عندنا: دار الإسلام، ودار الحرب.
وعنده: الدار دار واحدة في الأحكام، وعلى هذا مسائل كثيرة^(٤).
١٢٦٥. قال (الشافعي): المرتد إذا لحق^(٥) بدار الحرب لا يجعل ذلك كموته - حتى لا يرث ماله، ولا تعتق أمهات أولاده، ولا تحل ديونه المؤجلة، ولا تنسخ إجارته^(٦).
وعندنا: يجعل كموته، ونثبت هذه الأحكام^(٧).
له: قوله - ﷺ -: «لا يرث المسلم الكافر»^(٨). ولأنه حي حقيقة، والإرث حكم الموت.

-
- (١) في ح، ش، ط، أ (بتباين) بدل (في تباين) والأولى انصب لأداء المعنى.
(٢) في ح زيادة (ذلك) وهي توضيح المعنى.
(٣) انظر لمسألة (٨٣٠).
(٤) من قوله (والدار داران ... إلى ... مسائل كثيرة) سقطت من ش، ح، ر، ق، ط، أ، والإثبات أفضل لزيادة الإيضاح والتفصيل، وانظر في هذا المذهب مع شرحه المجموع ج ١ ص ١٣٨.
(٥) في ق (التحق) بدل (لحق) والثانية أكثر شيوعاً في الاستعمال من الأولى.
(٦) في ش، ز، ق، ط (إجارته) بدل (إجارته) ويجوز التعبير هنا بصيغة الأفراد والجمع.
(٧) انظر المبسوط ج ١٠ ص ١٠٠، والبدائع ج ٩ ص ٤٣٩١. والنهاية ج ٥ ص ٨٦٣، وضع القدير ج ٥ ص ٣١٦، ومغني المحتاج ج ٣ ص ٢٥، ج ٤ ص ١٤٢ والمذهب وشرحه المجموع ج ١٨ ص ١٦ - ١٨، والأم ج ٦ ص ١٦١.
(٨) رواه البخاري عن أسامة بن زيد مرفوعاً بلفظ: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم».

لنا: إجماع الصحابة: فإنهم قسموا أموال المرتدين بين ورثته^(١)، ولأن القاضي متى قضى بلحقه بدار الحرب؛ صار كالميت؛ لأنه لا يعود ظاهراً، وبالموت يصير ماله لورثته المسلمين، ألا ترى أن علياً - رضي الله عنه - قتل مرتدًا^(٢)، وقسم ميراثه^(٣) بين ورثته المسلمين^(٤). وأما الحديث الذي روى^(٥)، قلنا: نحن نورث المسلم من المسلم، لا من الكفار^(٦)، ولأننا^(٧) جعلنا رده كموته.

١٢٦٦- قل (الشافعي): الحربي إذا أسلم في دار الحرب، ولم يخرج إلينا، فقتله مسلم^(٨) عمدًا، أو خطأ تحب الدية. وعندنا: لا تجب إلا الكفارة في الخطأ^(٩).

كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم ج ٨ ص ١٩٤، ورواه مسلم بلفظ البخاري، كتاب الفرائض، حديث رقم ١ ج ٣ ص ١٢٣٣.

(١) في ش، ز، ق (المرتدين بين ورثتهم) وفي ط (المرتدين على ورثتهم) بدل (المرتدين بين ورثته) والأولى والثانية أبلغ في أداء المعنى.

(٢) وهو المستورد المجلي. (انظر البدائع ج ٩ ص ٤٣٩١).

(٣) بي ط (ماله) بدل (ميراثه) والمعنى واحد.

(٤) روى هذا الطحاوي عن علي بن أبي طالب، وعبدالله بن مسعود وسعيد بن المسيب، والحسن. (شرح معاني الآثار، كتاب السير، باب ميراث المرتد لمن هو؟ ج ٣ ص ٣٦٦، ٣٦٧).

(٥) قوله (الذي روى) سقط من ط، وإثباته أفضل لإصحاح المعنى.

(٦) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (الكافر) بدل (الكمار). الأولى أفضل لموافقة السياق.

(٧) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (لأننا) بدل (ولأننا) والأولى أنسب للمعنى.

(٨) في ح، ز (المسلم) بدل (مسلم) والمعنى واحد.

(٩) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٣١٦، والبناء ج ٥ ص ٧٨٧، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٧٤.

قال الشافعي: إذا دخل مسلم في دار حرب ثم قتله مسلم فعليه تحرير رقبة مؤمنة، ولا عقل له إذا قتله وهو لا يعرفه بعينه مسلمًا، وكذلك أن يغير فيقتل من لقي، أو يلقي منفردًا بهيئة المشركين في دارهم، فيقتله، وكذلك إن قتله في سرية منهم أو طريق من طرقهم التي يلقون بها، فكل هذا عمد خطأ يلزمه اسم الخطأ، لأنه أخطأ بأن لم يعمد قتله وهو مسلم، وإن كان عامدًا بالقتل. وقال أيضًا: «وهكذا كل من قتله وهو يعلم مسلمًا منهم أو أسيرًا فيهم، أو مستامنًا عندهم لتجارة أو رسالة أو غير ذلك، فعليه في العمد القود، وفي الخطأ الكفارة، وعلى عاقلة الدية». (الأم ج ٦ ص ٣٥، مقني المحتاج ج ٤ ص ١٠٨).

له: أنه وجد العاصم، وهو الإسلام، لقوله - ﷺ -: «إذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»^(١).

لنا: قوله تعالى: «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤَيَّدَةٌ قَدِيدَةٌ يُسَلِّتُهُ» إلى قوله - «فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ»^(٢). أوجب الدية، والكفارة بقتل المؤمن المطلق، والكفارة دون الدية بقتل مؤمن هو من^(٣) عدو لنا^(٤). وقد عرف في المختلف. وأما الحديث فالمراد^(٥) منه العصمة المؤمنة^(٦)، بدليل ما ذكرنا.

١٢٦٧. قال (الشافعي): المسلم إذا زنى في دار الحرب، يجب عليه الحد وعندنا: لا يجب^(٧).

له: أنه وجد الزنا، فيجب^(٨) الحد بالنص.

لنا: أن الوجوب للاستيفاء، وليس ثمة أحد يستوفي، ولا ولاية لإمامنا على تلك الدار ليقيمه^(٩)، وإذا خرج، وثبت الولاية، لا يقيم؛ لأنه حين وجد لم [يقع]^(١٠) مرجباً.

(١) رواه البخاري عن ابن عمر مرفوعاً، كتاب الإيمان، باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة، وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم. ج ١ ص ١٣. ورواه مسلم عن أبي هريرة، وحابر، وابن عمر، كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله. حديث رقم ٣٣-٣٦، ج ١ ص ٥٢، ٥٣. ورواه الترمذي في الإيمان، والنسائي في الجهاد، وابن ماجه في الفتن، والإمام أحمد ج ١ ص ١١، ج ٢ ص ٣١٤، ج ٣ ص ٢٩٥.

(٢) النساء: آية ٩٢.

(٣) في ش، ح، ز، ق، ط، أ زيادة (قوم) وهي توضيح المعنى.

(٤) في ز، ق، ط، زيادة (وهذا مؤمن من قوم عدو لنا) وهي تزيد المعنى وضوحاً.

(٥) في ش (قلنا المراد منه) بدل (فالمراد منه) ومعناها واحد.

(٦) في ش، ح، ز، أ، ق، ط (المؤمنة) بدل (المؤمنة) والأولى أنسب للمعنى.

(٧) انظر المبسوط ج ٩ ص ٩٩، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨٢. والباقية ج ٥ ص ٤١٤.

وفتح القدير ج ٥ ص ٤٦، والمهذب مع شرحه المجموع ج ١٨ ص ١٣٨.

(٨) في ز زيادة (عليه) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٩) في ز (ليقيم الحد) بدل (ليقيم) والأولى أوضح.

(١٠) في الأصل (يقطع) وهو وهم من الناسخ.

١٢٦٨- قال (الشافعي): الغازي إذا جاوز الدرب فارساً، ثم نفقت فرسه، وقاتل راجلاً؛ يستحق سهم الفرسان عندها.

وعند الشافعي: يستحق سهم الرجالة^(١).

له: أن سبب الاستحقاق هو القتال، والاستيلاء، وقد وجد، وهو راجل، فيستحق سهم الرجالة^(٢) كما إذا باع فرسه، وقاتل راجلاً.

لنا: أن سبب الاستحقاق وجد، وهو فارس؛ لأن الحكم غير متعلق بحقيقة القتال؛ لأنه يتعذر الوقوف عليه، فيتعلق^(٣) بدليله^(٤)، ومجاوزة الدرب على قصد القتال دليل ظاهر على القتال، فيتعلق الحكم^(٥)، وقد عرف^(٦)، بخلاف ما إذا باع فرسه؛ لأنه تبين أن غرضه تجارته، لا^(٧) القتال فارساً.

١٢٦٩- قال (الشافعي): الغنائم تملك بالاستيلاء في دار الحرب.

وعندنا: لا تملك ما لم تحرز بدار الإسلام^(٨).

ويبتنى عليه مسائل منها: أن قسمة الغنائم في دار الحرب تجوز عنده، وعندنا: لا يجوز.

(١) في ش، ز، ق، ط (يستحق سهم الرجالة عنده، وعندنا: يستحق سهم الفرسان) بدل (يستحق سهم الفرسان عنده؛ وعند الشافعي: يستحق سهم الرجالة) والأولى هي الموافقة لطريقة الكتاب. انظر المبسوط ج ١٠ ص ٤٢، والبنية ج ٥ ص ٧٢٧. وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣٩، والبدائع ج ٩ ص ٤٣٦٥. وانظر مغني المحتاج ج ٣ ص ١٠٤، ١٠٥، والأم ج ٤ ص ١٤٥.

(٢) في ز، ق، زيادة (وصار) ولا أثر لها في المعنى.

(٣) في ط زيادة (الحكم) وهي زيادة توضح المعنى.

(٤) في ش، ز زيادة (وهو) ولا أثر لها.

(٥) في ش، ح، ز، ق، ط، أ زيادة (به) وهي تكمل المعنى.

(٦) في ش، ز، زيادة (في الخلاف) وفي ق، ط زيادة (في طريقة الخلاف) وهاتان الزيادتان توضحان مكان ورود الخلاف.

(٧) في ز (دون) بدل (لا) وتؤيدان المعنى.

(٨) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٣٥٣، والمبسوط ج ١٠ ص ٣٢، والبنية ج ٥ ص ٦٩٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٢٢، والأم ج ٤ ص ١٤٠، وما بعدها. ومغني المحتاج ج ٣ ص ١٠٣.

ومنها: أنه إذا^(١) لحقهم المدد في دار الحرب، لا يشاركونهم عنده، وعندنا يشاركونهم.

ومنها: أنه لو مات واحد من الغانمين في دار الحرب يورث نصيبه في دار الحرب^(٢)، كما لو مات بعد الإحراز بدار الإسلام^(٣)، وعندنا: لا يورث.

ومنها: أن واحداً منهم لو وطئ جارية من المغنم^(٤)، فولدت ولداً، فادّعاه^(٥)؛ ثبت نسبه منه، ونصير الجارية أم ولد له.

وعندنا: لا يثبت، ويجب العقر، ولا يجب الحد لوجود سبب الملك، وتقسم الجارية والولد، والعقر بين الغانمين.

له: ما روي أن النبي - ﷺ - قسم غنائم خيبر بخيبر^(٦)، وغنائم أوطاس بأوطاس^(٧). وغنائم بني المصطلق بديارهم^(٨)، ولو لم يثبت الملك لم قسم، وأن سبب الملك قد وجد وهو القهر، والاستيلاء.

لنا: أن سبب الملك هو الاستيلاء التام، ولم يوحد، ونعني بالاستيلاء التام: القدرة على الانتفاع في الحال، والادخار إلى^(٩) الزمان الثاني، ليتمكن

(١) في ش، ز، ق، ط (لو) بدل (إذا) والمعنى واحد.

(٢) في (دار الحرب) سقطت من ش، ز، ق، ط، وسقطها أصل، لأن إرث نصيبه لا يتعلق بدار الحرب، وإنما مدار الحكم حول الوفاة بدار الحرب.

(٣) بي ش، ز ق زيادة (عنده) وهي توضح صاحب القول الأول.

(٤) في ش، ز (الغنيمة) بدل (المغنم) والمعنى واحد.

(٥) في ش، ز، ق (وادعاه) بدل (فادعاه) والمعنى واحد.

(٦) وهو موضع غزاة النبي - ﷺ - وتعلم عن المدينة المنورة ثمانية برد من جهة الشمال. (معجم البلدان، ج ٢ ص ٤٠٩).

(٧) هو واد في ديار هوازن، كانت فيه وقعة حنين. (معجم البلدان ج ١ ص ٢٨١).

(٨) في ش، ز، ق، ط (في ديارهم) بدل (بديارهم) والمعنى واحد. وبني المصطلق من خزاعة وهم حلفاء بني مدلج، وكانت ديارهم تقع على بئر يقال لها المريسج. (طبقات ابن سعد ج ٢ ص ٦٣). وروى هذا البيهقي، كتاب السير، باب قسم الغنيمة في دار الحرب. ج ٩ ص ٥٤ - ٥٩. ورواه الشافعي في الأم ج ٤ ص ١٤١.

(٩) في ش (في) بدل (إلى) والثانية أنسب للمعنى.

به من^(١) دفع الحاجة المهلكة، والدليل على أن هذا الشرط^(٢) أن الأصل في الأموال هو^(٣) الإباحة، وهذا ينفي الملك^(٤)، عدلنا عن قضية الدليل في موضع وُجِدَ ماذكرنا، وههنا لم يوجد؛ لأن الكفار يتمكنون^(٥) من الاسترداد^(٦). أما الحديث^(٧) قلنا: قسّم بعد ما صارت دار الإسلام هذه المواضع^(٨).

١٢٧٠- قال (الشافعي): الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب؛ لم يملكوها^(٩).
وعندنا: [يملكونها]^(١٠).

له: حديث العضاء ناقة رسول الله - ﷺ - أن الكفار ساقوها مع المسلمين وفيهم امرأة، فانتهزت الفرصة، فركبتها، ورجعت، ونذرت أن تنحرها إن سلمت من الكفار، فلما بلغ رسول الله - ﷺ -^(١١) قال: «لا تذر فيما لا يملكه ابن آدم»^(١٢)، ولو

- (١) في ط (في) بدل (به من) والثانية أفضل للمعنى.
- (٢) في ز، ش، ح، ق، ط، أ (شرط) بدل (الشرط) والأولى أفضل، لأن العبارة تختل بالثانية.
- (٣) (هو) سقطت من ط. ولا يتغير المعنى بسقوطها.
- (٤) في ق زيادة (إلا أنا) وهي توضح المعنى.
- (٥) في ط (يتمكنون) بدل (يتمكنون) والثانية أسب للمعنى.
- (٦) في ز زيادة (عرف بتمامه في طريقة الخلاف) وفي ط زيادة (وقد عرف بتمامه في الطريقة) وهي زيادة توضح مكان ورود هذا الخلاف.
- (٧) في ز، ح، ق، ط، أ (الأحاديث) بدل (الحديث) والأولى أفضل؛ لأن المذكور عدة أحاديث: حديث خير، وحديث أوطاس، وحديث بني المصطلق.
- (٨) في ز، ش، ق، ط (هذه المواضع دار الإسلام) بدل (دار الإسلام هذه المواضع) والمعنى واحد.
- (٩) في ز (لا يملكونها) بدل (لم يملكوها) والمعنى واحد.
- (١٠) في الأصل، ح، أ (يملكوها) وهو خطأ في النحر. انظر البدائع ج ٩ ص ٤٣٦٧، والمبسوط ج ١٠ ص ٥٢، والباية ج ٥ ص ١٧٥٣، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٥٤، والأم ج ٤ ص ٢٥٤، ص ٢٧٦.
- (١١) في ق، ط زيادة (وقصت القصة) ولا بأس بهذه الزيادة ففيها إيضاح أكثر.
- (١٢) رواه مسلم، كتاب التذوق، باب لا وفاء لنذر في معصية الله، ولا فيما لا يملك المبد.

ملك^(١) الكفار، لملكك هي منهم، ولأن هذا المال معصوم حقاً للمسلم، فلا يملك بالاستيلاء، كرقبة المسلم.

لنا: أن استيلاء الكفار^(٢) على مال المسلم بعد الإحراز بدار الحرب، استيلاء على مال مباح بإباحة أصله^(٣)؛ لأن الأصل في الأموال^(٤) الإباحة، وإنما تثبت العصمة حقاً للمسلم، لتمكنه من الانتفاع، وقد فات التمكين^(٥) من الانتفاع في دار الحرب، والاستيلاء على المباح سبب الملك، كالصيد وغيره^(٦)، وحديث العضباء قلنا: إنهم لم يحرزوها بدار الحرب، والملك موقوف عليه^(٧).

١٢٧١. قل (الشافعي): المتلصص إذا أخذ مالاً من أهل الحرب فعند الشافعي: عليه الخمس^(٨).

وعندنا: لا يخمس^(٩).

له: أنه غنيمة، فيخمس، كما لو دخل بإذن الإمام، في قوم لهم معة لهما: أن الغنيمة ما تملك بالجهاد، والفهر، وهذا ليس كذلك، فكان اكتساباً للمال، كالاختطاب، وغيره.

١٢٧٢. قال (الشافعي): إذا وضعت الجزية على أهل الذمة، لا يؤخذ^(١٠) للحال، حتى يتم الحول.

حديث رقم ٨، ج ٣ ص ١٢٦٢، والدارمي، كتاب السير، باب إذا أحرز العدو من مال المسلمين، ج ٢ ص ٢٣٦، والإمام أحمد في مسنده، ج ٤ ص ٤٢٤.

(١) في ش، ز، ق، ط (ملكها) بدل (ملك) والأولى أنسب لأداء المعنى.

(٢) في ش، ق، ز (الكافر) بدل (الكفار) والمعنى واحد.

(٣) في ز (الأصلية) وفي ش، ح، ق، ط، (أصلية) بدل (أصله) والثانية أنسب لأداء المعنى.

(٤) في ق زيادة (هو) ولا يتأثر المعنى بهذه الزيادة.

(٥) في ش، ح، ق، ط، أ (التمكن) بدل (التمكين) والأولى أنسب للسياق.

(٦) في ش زيادة (وقد عرف في الخلاف) وهي تبين موضع الخلاف.

(٧) أي على الإحراز (سخرج هامش الورقة ١٢٦).

(٨) في ط، ق (فيه الخمس) بدل (فعند الشافعي عليه الخمس) والأولى أنسب لطريقة الكتاب.

(٩) في ط (لاخمس عليه) بدل (لايخمس) والمعنى واحد. وانظر المبسوط ج ١٠ ص ٧٤.

ومعنى المحتاج ج ٤ ص ٢٣٠. والباية ج ٥ ص ٧١٧، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣٤.

(١٠) في ش، ز، ق، ط، أ (تؤخذ) بدل (يؤخذ) والأولى أنسب للسياق.

وعندنا: تحب للحال، وتؤخذ، ثم لا تكرر^(١) حتى يتم الحول^(٢).

له: أنه حق مالي، فيشترط فيه الحول للتيسير، كالزكاة^(٣).

لنا: قوله تعالى: ﴿حَقٌّ يُقْطَوُا الْحِزْيَةُ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَنِيعُكُمْ﴾^(٤). من غير اشتراط الحول، وهذا بخلاف الزكاة؛ لأنها عبادة، فيراعى فيها اليسر^(٥). وهذه^(٦) عقوبة.

١٢٧٣- قال (الشافعي): الجزية الواجبة لا تسقط بالموت، والإسلام، حتى تؤخذ^(٧) من تركته، وبعد إسلامه.

وعندنا: تسقط^(٨).

له: أن هذا دين كسائر الديون، فلا تسقط بالموت والإسلام.

لنا: ما روى أن ذميًا طولب بالجزية على عهد عمر - رضي الله عنه - فأسلم، قيل له: أنك أسلمت متعودًا، فقال عمر - رضي الله عنه -: «وان في الإسلام لمتعودًا»^(٩). وأسقط عنه الجزية، ولأن الجزية وجبت إعانة

(١) في ق، ط (يشكرر) بدل (تكرر) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) انظر البياضة ج ٥ ص ٨٣٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٩٨، والبدائع ج ٩ ص ٤٣٣١، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٧٩، والمهذب مع شرحه المجموع ج ١٨ ص ٢١٨.

(٣) في ط (كما في الزكاة) بدل (كالزكاة) والمعنى واحد.

(٤) سورة التوبة: ٢٩.

(٥) في ط (التيسير) بدل (اليسر) والمعنى واحد.

(٦) في ز (وهي) بدل (هذه) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) (تؤخذ) سقطت من ح، والمعنى لا يتم بدونها.

(٨) انظر المبسوط ج ١٠ ص ٨٠، والبدائع ج ٩ ص ٤٣٣٢، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٧٨، والبياضة ج ٥ ص ٨٢٨، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٩٥، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٩.

(٩) رواه البيهقي بلفظ: أن رجلاً من الشعوب أسلم فكانت تؤخذ منه الجزية، فأتى عمر رضي الله عنه فأخبره فكتب أن لا تؤخذ منه الجزية. كتاب الجزية، باب الذمي يسلم ويرفع عنه الجزية، ولا يعثر ماله إذا اختلف بالتجارة ج ٩ ص ١٩٩، وذكره في المغني، وقال: رواه أبو عبيد بنحو من هذا المعنى، ج ٨ ص ٥١١. وذكره في المبسوط بلفظ: أن أسلمت متعودًا ففي الإسلام لمتعود، فرفع ذلك إلى عمر فقال: صدق، فلمر بنخيلة سبيله. ج ١٠ ص ٨١.

للمسلمين^(١)، ودفع الشر عنهم^(٢)، بدلا عن^(٣) الجهاد بالنفس، وبالإسلام قدر على الجهاد بالنفس، وبعد الموت استغنى عن دفع الشر.

١٢٧٤- قال (الشافعي): الجزية دينار، أو اثنا عشر درهما، على كل رأس، من غير تفاوت.

وعندنا: على التفاوت، على الفقير المعتمد اثنا عشر درهما، وعلى المتوسط^(٤) أربعة وعشرون، وعلى الكامل^(٥) الغنى ثمانية وأربعين^(٦).

(١) في ح، ز، ق، ط زيادة (على الجهاد) وهذه الزيادة كعدمها؛ لأنها تعين المسلمين على الجهاد وغير الجهاد.

(٢) في ز، ق، ط (عنه) بدل (عنهم) والمعنى واحد إذ المقصود الذمي أو الذميين.

(٣) في ش (من غير) بدل (بدلا عن) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٤) في ش، ز، ح، ق، ط (الوسط) بدل (المتوسط) والمعنى واحد.

(٥) في ش، ز، ق، ط، أ (كامل) بدل (الكامل) والأولى أبلغ.

(٦) وعند المالكية تقدر الجزية بأربعة دنانير شرعية إن كانوا من أهل الذهب، وبأربعين درهما إن كانوا من أهل الورق، على كل واحد في كل سنة تؤخذ في آخرها، لا أولها ولا تجوز الزيادة على ذلك، ولا يضرب على الفقير بوسعه - أي بقدر طاقته - إن كانت له طاقة، وإلا سقطت عنه، فإن أيسر بعد ذلك لم يحاسب بما مضى لسقطه عنه. وللحابلة في هذا ثلاثة أقوال:

الأول: أنها مقدرة بدينار، أو عدله معاف.

الثاني: أنها غير مقدرة، بل يرجع فيها إلى اجتهاد الإمام.

الثالث: : أقلها مقدر بدينار، وأكثرها غير مقدر.

وأما عند الشافعية فأقلها دينار، ولكن يستحب للإمام المماكة حتى يأخذ من المتوسط دينارين، ومن الغني أربعة دنانير، ولكن الذمي إذا أبى العقد إلا بدينار أجيب على ذلك - ومذهب الحنفية كما أورده المصنف.

واستدل القائلون بأنها دينار من غير تفاوت بما رواه أبو داود عن معاذ بن جبل أن النبي ﷺ - لما وجهه إلى اليمن أمره أن يأخذ من البقر من كل ثلاثين تبيع أو تبيعة، ومن كل أربعين مسنة، ومن كل حالم - يعنى محتلم - دينارا أو عدله معاف (ثياب تكون في اليمن)، كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة، حديث رقم ١٥٧٦، ج ٢ ص ١٠٩، ورواه الترمذي كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة البقر، حديث رقم ٦٢٢، ج ٣ ص ١١، وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

والسائي، كتاب الزكاة، باب زكاة البقر، حديث رقم ٢٤٥١، ج ٥ ص ٢٦، والإمام أحمد في مسنده، ج ٥ ص ٢٣٠.

له: قوله - ﷺ - لمعاذ - رضي الله عنه - «خذ من كل حالم، وحالمة دينارا، أو عدله معافرا»^(١).

لنا: أن عمر - رضي الله عنه - أمر عماله أن يأخذوا كذلك وعمل به الصحابة^(٢). وماروى كان بطريق الصلح، دون الجزية. ألا ترى أنه قال: وحالمة، ولا جزية على النساء.

١٢٧٥- قال (الشافعي). قوم من الترك، أو الهند، أو الذنلم طالبوا^(٣) عقد الذمة، وقبلوا الجزية، لم يجر إحابتهم على^(٤) ذلك.

واستدل القائلون بأنها عبر مقدرة، بالحديث السابق، وحديث أن رسول الله - ﷺ - صالح أهل نحران على ألفي حلة. رواه أبوودود، كتاب الخراج، باب في أخذ الجزية، حديث رقم ٣٠٤١، ج ٣ ص ١٦٧، وما روي عن عمر أنه وضع على رؤوس الرجال على اثني ثمانية وأربعين درهما، وعلى الوسط أربعة وعشرين درهما، وعلى الفقير اثني عشر درهما، رواه البيهقي كتاب الجزية، باب الزيادة على الدينار بالصلح، ج ٩ ص ١٩٦، عن طريق محمد بن عبدالله الثقفي، وعن طريق أبي مخلد، وقال البيهقي: كلاهما مرسل، وهذا يدعى على أن الجزية على رأي الإمام؛ لأنها لو كانت على قدر واحد لما جاز أن تختلف.

واستدل القائلون بأن أقلها مقدار دينار، وأكثرها غير مقدار بما روى أن عمر - رضي الله عنه - زاد على ما فرض رسول الله - ﷺ - ولم ينقص منه، وروي أنه زاد على ثمانية وأربعين فجعلها خمسين - رواه البيهقي، كتاب الجزية، باب الزيادة على الدينار بالصلح ج ٩ ص ١٩٥، ١٩٦.

واحتج القائلون بأنه على التفاوت بما أورد المؤلف عن عمر - رضي الله عنه - وسبق تخريبه قل قليل. انظر المصنوع ج ١٠ ص ٧٨، والبناء ج ٥ ص ٨١٦، ٨١٧، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٨٩، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٧٦، والبدائع ج ٩ ص ٤٢٣٢، والشرح الصمير وبلعة السالك ج ١ ص ٣٤٢، وبداية المجتهد ج ١ ص ٣٤٣، ٣٤٤. والمفني لابن قدامة ج ٨ ص ٥٠٢، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٨، الأم ج ٤ ص ١٧٩.

(١) المعافرا ثياب منسوبة إلى قبيلة معافر باليمن. (شرح السيوطي على سنن النسائي ج ٥ ص ٢٦) وقال أبوودود: هي ثياب تكون في اليمن. سنن أبي داود ج ٢ ص ١٠١ والحديث سبق تخريبه في هذه المسألة، وليس فيه (وحالمة).

(٢) سبق تخريبه في هذه المسألة.

(٣) في ش، ح، ز، ق، ط، أ (طلبوا) بدل (طالبوا) والأولى أنسب للمعنى.

(٤) في ز، ط (إلى) بدل (على) والأولى أنسب للمعنى.

وعننا: يجوز^(١).

له: أن الله تعالى جَوَّزَ ذلك في حق^(٢) أهل الكتاب بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا الْكُتُبَ حَتَّىٰ يَمْطُوا الْأَجْزِيَّةَ﴾^(٣).

لنا: أنا أجمعنا على^(٤) أن المجوس يجابون إلى ذلك وإن لم يكن لهم كتاب، فإن المنع يتعلق بقوله - ﷺ - في مجوس هجر^(٥): «سُئِلُوا بِهِمْ سَنَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ»^(٦). وما قيل عن عليّ - رضي الله عنه - أن لهم كتاباً، لكنه [رفع]^(٧)، فليس^(٨) بثابت^(٩)، وهو مخالف [لقوله تعالى]^(١٠): ﴿إِنْ تَقُولُوا

(١) انظر البناية ج ٥ ص ٨٢١، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٩٢، تبين الحقائق ج ٣ ص ٢٧٧، حاشية الشلبي على التبيين، بنفس الصفحة، والبدايع ج ٩ ص ٤٣٢٩.

وأما عند الشافعية فإن الجزية لا تعقد إلا لليهود والنصارى والمجوس، وأولاد من تهود أو تصر قبل النسخ، أو عند الشك في تهوده أو تنصره قبل النسخ أو بعده، وكذلك من زعم التمسك بصحف إبراهيم، وزبور داود، ومن كان أحد أبويه كتابي والآخر وثني. (مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٤، والآم ج ٤ ص ١٧٢، وما بعدها).

(٢) (حق) سقطت من ز، وذكرها أولى لإتمام المعنى.

(٣) سورة التوبة: ٢٩.

(٤) (على) سقطت من ش، ز، ح، والأولى ذكرها لاستقامة العبارة.

(٥) هجر بفتح الأول والثاني تطلق على البحرين كلها. (معجم البلدان ج ٥ ص ٣٩٣)

(٦) رواه الإمام مالك، في الموطأ، كتاب الزكاة، باب جزية أهل الكتاب والمجوس، حديث رقم ٦٢١، عن جعفر بن محمد بن علي عن أبيه أن عمر بن الخطاب ... الحديث. وقال ابن عبد البر هذا منقطع؛ لأن محمداً لم يلق عمر، ولا عبدالرحمن بن عوف إلا أن معناه متصل من وجوه حسان. (انظر شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج ٢ ص ١٣٩، ورواه الإمام الشافعي في مسنده، كتاب الجزية ص ٤١١، والبيهقي، كتاب الجزية باب المجوس أهل كتاب والجزية تؤخذ منهم. ج ٩ ص ١٨٩).

(٧) في الأصل (رحم) وهو وهم من النسخ؛ لأن المعنى لا يستقيم بهذا، والآخر رواه البيهقي، كتاب الجزية، باب المجوس أهل كتاب، والجزية تؤخذ منهم، ج ٩ ص ١٨٩.

(٨) في ش، ز زيادة (قلنا: فليس) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٩) قال الزيلعي: وسعيد بن المرزبان مجروح، قال يحيى القطان: لا أستحل أروي عنه، قال ابن معين: ليس بشيء. ولا يكتب. حديثه، وقال الفلاس: متروك الحديث. وقال أبو أسامة: كان ثقة، وقال أبو زرعة: هو مدلس. (نصب الراية ج ٣ ص ٤٤٩).

(١٠) في الأصل (مخالف لكتاب الله، قوله تعالى) ولا تستقيم العبارة مع ما جاء في الأصل.

إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا^(١)

ولم يقل ثلاث^(٢) طوائف، ولأن ثبت، فالمدفوع كان لم يكن.

١٢٧٦- قال (الشافعي): الحربي والمرتد، أو الذمي، [أو من]^(٣) عليه القصاص، إذا التجأ إلى الحرم، لا يحرم قتله، بل يؤخذ ويقتل.

وعندنا: لا يتعرض، ولكن لا يطعم، ولا يسقى حتى يخرج، فيقتل^(٤).

له: قوله - ﷺ - : «الحرم لا يُعْبَذُ عاصبًا ولا فارًا بدم»^(٥)، ولأن هذا إبطال حق ثابت للعبد، حقًا للحرم، وأنه لا يجوز.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يَقْتُلَكُمْ فِيهِ﴾^(٦) وكلمة (عند) للحضرة، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آيِنًا﴾^(٧)، وقوله - ﷺ - : في صفة الحرم: «لَا يُسْفَكَ فِيهِ»^(٨) دم^(٩). وما روى، قلنا: معناه أنه لا يسقط،

(١) سورة الأنعام: ١٥٦ .

(٢) في، أ، ح، ز، ق زيادة (على ثلاث) وهذه الزيادة توافق لفظ الآية.

(٣) سقط من الأصل وفي ز زيادة (إذا كان) وتؤدي إلى إيضاح أن الذمي إذا لم يكن عليه القصاص فليس بمهدر الدم.

(٤) انظر المبسوط ج ١٠ ص ٩٤، ٩٥، والبدائع ج ٩ ص ٤٣٣٧، ص ٤٣٤٤، الأم ج ٤ ص ٢٩٠.

(٥) رواه البخاري موقوفًا على عمرو بن سعيد، كتاب جزاء الصيد، باب لا يعضد شجر الحرم، ج ٣ ص ١٨، وفي كتاب العلم، باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب، ج ١ ص ٣٧، ومسلم موقوفًا على عمرو بن سعيد بلفظ: «ما أباح شريح إن الحرم لا يعبد عاصبًا، ولا فارًا بدم، ولا فارًا بخربة» والخربة باسكان الراء: سرقة الإبل، كتاب الحج باب تحريم مكة وصيدها وخلاتها، وشحرها، ولقطنها: إلا لمنشد على الدوام، حديث رقم ٤٤٦، ج ٢ ص ٩٨٨. ورواه الترمذي بنفس لفظ البخاري ومسلم موقوفًا، كتاب الحج، باب ما جاء في حرمة مكة، حديث رقم ٨٠٩، ج ٣ ص ١٦٤.

(٦) سور البقرة: ١٩١.

(٧) آل عمران ٩٧.

(٨) في ز، ق، ط (فيها) بدل (فيه) والاولى أفضل لمناسبتها لما جاء في سنن الترمذي والمراد بها مكة.

(٩) رواه البخاري ومسلم بلفظ: « فلا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دمًا». الكتب والأبواب والصفحات السابقة. ورواه الترمذي بنفس اللفظ إلا أنه قال «أن

وهذا تأخير، وليس بإسقاط.

- ١٢٧٧- قال (الشافعي): المرتد إذا قتل فجميع [أمواله] ^(١) في، ولا يرث منه،
وبين علمائنا ^(٢) خلاف ^(٣) في كسب الإسلام، والردة ^(٤)،
والحجج من الجانبين مر ^(٥) في أول هذا الباب ^(٦).
١٢٧٨- قال (الشافعي): ما أصاب أهل العدل من كُراع ^(٧) أهل البغي، وصلاحيهم،
لا يجوز لهم ^(٨) استعمالها في قتالهم.
وعندنا: لهم ذلك، فإذا فرغوا من القتال، ردوها عليهم ^(٩).

يسفك فيها بدل «أن يسفك بها» في الكتاب والباب السابقين.

- (١) في الأصل (أموالهم) ولا تناسب المعنى.
(٢) في ح (العلماء) بدل (علمائنا) والثنية أفضل لبيان انتساب العلماء.
(٣) في ط (كلام) بدل (خلاف) والثانية أنسب للمعنى.
(٤) الخلاف أن عند أبي حنيفة إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحقة انتقل ما
اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين، وكان ما اكتسبه في حال رده نيتاً، وقال أبو يوسف
ومحمد: كلاهما لورثته؛ لأن ملكه في الكسبين باق؛ لأنه مكلف محتاج، فيبقى ملكه
كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص.
وحجة الإمام أبي حنيفة: أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجود الكسب قبل
الردة، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدم الكسب قبل الردة، ومن شرط إسهاد
التوريث أن يكون الكسب موجوداً قبل الردة، ليكون توريث المسلم من المسلم، لأن لو
قلنا بالتوريث فيما كسب حال الردة، صار توريث المسلم من الكافر، ولذلك لا يجوز
(انظر الباية ج ٥ ص ٨٥٧ - ٨٦١، والبدائع ج ٩ ص ٤٣٨٧، ص ٤٣٩١، وما بعدها،
وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ - ٣١٤).
(٥) في ح، ز، ش، ق، أ زيادة (قد) ولا يتغير المعنى بها.
(٦) وفي ط (مرت في باب أبي حنيفة) بدل (مر في أول هذا الباب) وإذا كان المراد بحلاف
علماء الحنفية فهي مرت في باب أبي حنيفة المسألة رقم ١٢٥٠، وإن كان المراد بحلاف
الشافعي مع الحنفية فهي مرت في باب الشافعي المسألة رقم ١٢٥٦.
(٧) الكراع: بضم الكاف يطلق على السلاح، وقيل: هو اسم يجمع الخيل والسلاح (انظر
العرب ج ٨ ص ٣٠٧). وقال في الناية: الكراع هو الخيل. (ج ٥ ص ٨٩٦).
(٨) (لهم): سقطت من ط وإثباتها يقوى المعنى.
(٩) المسووط ج ١٠ ص ١٢٦، والبنية ج ٥ ص ٨٩٥، ٨٩٦. وفتح القدير ج ٥ ص ٣٣٧.
وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٩٥، والبدائع ج ٩ ص ٤٣٩٨، والصحيح عند الشافعية أنه

له: أنه استعمال مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز.

لنا: ما روي أن علياً - رضي الله عنه - فعل كذلك بأموال أهل الجمل، وأهل صفين^(١) ثم ردها عليهم بعد تبديد شملهم؛ ولأن الحاجة مست إلىه، لدفع الشر، فيجوز.

١٢٧٩- قال (الشافعي): الباغي إذا قُتِلَ يُصَلَّى عليه.

وعندنا: لا يُصَلَّى عليه^(٢).

له: أنه مسلم.

لنا: أنه نقض حق المسلمين^(٣)، فلا يبقى مستحقاً لهذه الكرامة.

١٢٨٠- قال (الشافعي): اليهودي إذا تنصر، والنصراني إذا تهود، أو تمحس أحدهما، يحبر على العود إلى دينه فإن لم يفعل قتل.

وعندنا: لا يخبر^(٤)، ولا يقتل^(٥).

لا يستعمل سلاحهم في قتالهم إلا لضرورة، كما إذا خيف انهزام أهل العدل، ولم يعدوا غير خيولهم، فيحوز لهم ركوبها، وكذا إذا لم يجدوا ما يدفعون به عنهم غير سلاحهم.

(مغني المحتاج ج ٤ ص ١٢٧، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ٤٠١).

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: «أن علياً قسم يوم الجمل في العسكر ما أجابوا عليه من سلاح، أو كراع». وليس فيه ثم ردها عليهم بعد تبديد شملهم، كتاب الجمل، حديث رقم ١٩٦٦٥ ج ١٥ ص ٢٨١، وروى ابن أبي شيبة أيضاً: كان علياً إذا أُتِيَ بأسير يوم صفين أخذ دابته وسلاحه، وأخذ عليه أن يعود وخلي ميله. كتاب الجمل، باب ما ذكر في صفين، حديث رقم ١٩٧٠٥، ج ١٥ ص ٢٩٥، وروى ابن أبي شيبة أيضاً: بما انهزم أهل الجمل قال علياً، لا يطلبين عبد خارجاً من العسكر، وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم. ج ١٥ ص ٢٦٣.

(٢) انظر المبسوط ج ٢ ص ٥٣، والباية ج ٢ ص ١٠٦٥، وما بعدها وفتح القدير ج ٢ ص ١٠٩، وتبيين الحقائق ج ١ ص ٢٤٩، ص ٢٥٠. ومعني المحتاج ج ١ ص ٣٥٠، والام ج ١ ص ٢٦٨.

(٣) في ق زيادة (الإسلام والمسلمين) ولا يتغير المعنى بهذه الزيادة وفي ط (الإسلام) من (المسلمين) والمعنى بأي منهما واحد.

(٤) هي، أ ح، ط (لا يخبر) بدل (لا يخبر) والأولى أنب للسياق.

(٥) انظر الباية ج ٥ ص ٨٥٥. وأما عند الشافعية فإنه قال في مغني المحتاج: «لو نثر نصراني بلغ المأمن» ولم يقتل: بقتل، وقال أيضاً: «لو أقر يهودي برسالة عيسى لم يحجر

له. أنه ارتد، وبذل دينه، لأن هذه ملل متعددة، ولهذا قال الشافعي. لا يرث بعضهم من بعض، ولا تجوز المناكحة بينهم وحكم الردة، وتبديل الدين بما ذكرنا.

لنا: أن الكفر كله ملة واحدة؛ لأن الكل متفقون على الكفر بالله تعالى. وإنكار حقيقة^(١) الإسلام، ويجمعون في الآخرة، في النار، فلا فائدة في تبديل أحدهما بالآخر^(٢).

١٢٨١. قال (الشافعي): الصبي العاقل إذا أسلم، لا يصح ولا يترتب^(٣) عليه الأحكام^(٤).

وعندنا: يصح^(٥).

له: أنه مولي عليه في باب الإسلام؛ حتى يحكم بإسلامه تبعاً لأبويه. وهذا آية أنه ليس بأهل بنفسه، ولأن عقله ناقص، فلا يكفي للإسلام الذي هو أدق الأشياء معرفة.

لنا: حديث إسلام علي - رضي الله عنه - ولأن الإسلام بعد^(٦) حقيقة

على الإسلام؛ (انظر مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤١، ٢٤٥).

(١) في ط (حقة) بدل (حقيقة) والثانية هي الصواب لأن المعنى يستقيم بها.

(٢) في ش (على الآخر) بدل (بالآخر). والثانية أسب للمعنى.

(٣) في ش، ز، ق (ترتب) بدل (يترتب) والثانية أنسب للسياق.

(٤) في ق (أحكام، لإسلام) بدل (الأحكام) والمعنى واحد.

(٥) والأصل في هذا أن ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد، ويجبر على الإسلام، ولا يقتل، وإسلامه إسلام، ولا يرث أبويه إن كانا كافرين، وعند أبي يوسف: ارتداده ليس بارتداد، وإسلامه إسلام، وعند الشافعي وزعم سلامه ليس بإسلام، وارتداده ليس بارتداد.

نظر الجامع الصغير ص ٢٥١، والبناء ج ٥ ص ٨٨٣، وفتح القدير ج ٥ ص ٣٢٨، والمبسوط ج ١٠ ص ١٢٠، ١٢٢، وانظر مغني المحتاج ج ٤ ص ١٣٧، والمهدب، وشرحه المجمع ج ١٨ ص ٣١٠، ٣١١.

(٦) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (وجد) بدل (بعد) والأولى أنسب إذا كان ما بعدها، (لوجود) والثانية أنسب إذا كان ما بعدها (بوجود).

بوجود^(١) وكنه - وهو الإقرار - والاعتقاد، فترتب^(٢) عليه أحكامه، كالبالغ،
وتمامه عرف في موضعه^(٣).

١٢٨٢- قال (الشافعي): القاتل يستحق سلب المقتول.

وعندنا: لا يستحق إلا بنقل^(٤) الإمام^(٥).

له: قوله - ﷺ -: «من قتل قتيلاً فله سلبه»^(٦) وروي أن أبا قتادة^(٧): قتل
عشرين نفساً وأخذ أسلابهم^(٨).

(١) في ش، ز، ق، ط (لوجود) بدل (بوجود) انظر الفقرة السابقة.

(٢) في ق، ط (فترتب) بدل (ترتب) والمعنى واحد.

(٣) في ط (في طريقة الخلاف) بدل (في موضعه) والأولى أفضل؛ لأنها توضح مكان ورود
الخلاف.

(٤) في ز، ح، ق، ط، أ (تنقل) بدل (ينقل) وتؤيدان إلى معنى واحد، والفعل في اللغة
الزيادة، وفي الشرع: زيادة على سهم النيمة يشترطها الإمام أو الأمير لمن يفعل ما فيه
نكاية للكفار. (معني المحتاج ج ٣ ص ١٠٢، والبدائع ج ٩ ص ٤٣٣٨).

(٥) انظر المبسوط ج ١٠ ص ٤٧، والبنية ج ٥ ص ٧٤٦، ٧٤٧، وفتح القدير ج ٥ ص
٢٥٠ - ٢٥٢، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٥٩، والبدائع ج ٩ ص ٤٣٣٩، وانظر معني
المحتاج ج ٣ ص ٩٩، الأم ج ٤ ص ١٤٢.

(٦) رواه البخاري عن أبي قتادة، أن النبي - ﷺ - قال: «من قتل قتيلاً له عليه بيعة، فله سلبه»
كتاب الجهاد والسير، باب من لم يخلص الأسلاب ومن قتل قتيلاً فله سلبه من غير أن
يخلص، وحكم الإمام فيه. ج ٤ ص ١١٢، ومسلم بلفظ البخاري، كتاب الجهاد والسير
باب استحقات القاتل سلب القتيل، حديث رقم ٤٠، ج ٣ ص ١٣٧٠. وأبو داود كتاب
الجهاد، باب في السلب يُعطى القاتل، حديث رقم ٢٧١٧، ج ٣ ص ٧٠، بلفظ البخاري
عن أبي قتادة، والترمذي، كتاب السير، باب ما جاء فيمن قتل قتيلاً فله سلبه، حديث
١٥٦٢، ح ٤ ص ١٣١ عن أبي قتادة أيضاً بلفظ البخاري. والإمام أحمد في مسنده، ج ٥
ص ١٢.

(٧) أبو قتادة اسمه الحارث، وقيل: النعمان، وقيل: عمرو و أموه ريمي أنصاري، خزرجي
شهد أحدًا وما بعدها، ومات بالمدينة سنة ٥٤ هـ. (الإصابة ج ٤ ص ١٥٨)

(٨) الصحيح أنه أبو طلحة وليس أبو قتادة، والحديث رواه أبو داود عن أنس بن مالك قال
قال رسول الله - ﷺ - يومئذ - يعني يوم حنين -: «من قتل كافرًا فله سلبه». فقتل أبو طلحة
يومئذ عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم، حديث رقم ٢٧١٨، كتاب الجهاد، باب في السلب
يعطى القاتل، ج ٣ ص ٧١. وقال أبو داود: هذا حديث حسن. ورواه الدارمي، عن أس
بلفظ أبي داود، كتاب السير، باب من قتل قتيلاً فله سلبه، ج ٢ ص ٢٢٩.

لنا: أن هذا مال أخذه بقوة الكل، فكان غنيمة للكل، وأما الحديث: فلما كان ذلك تنفيلاً عن^(١) النبي - ﷺ - وأبو قتادة أخذ بتنفيذه^(٢).

١٢٨٣- قال (الشافعي): يجوز للإمام أن ينقل واحداً شيئاً، بعد الإصابة وعندنا: لا يجوز^(٣).

له: ما روي أن النبي - ﷺ - ينقل^(٤) في البداية^(٥) الربيع، وفي الرجعة الثلث^(٦)، والتنفيل بعد الرجعة تنفيل بعد الإصابة.

لنا: أن هذا حق الكل، فلا يجوز تخصيص البعض به، وأما الحديث فالمراد^(٧) منه: التنفيل فيما يصيبه، وهو^(٨) حال رجوع الغزاة.

١٢٨٤- قال (الشافعي): يرضخ العبد^(٩)، ونحوه^(١٠) من الخمس. وعندنا: من أربعة^(١١) الأخماس^(١٢).

(١) في ش، ز، ق، أ، ط (من) بدل (عن) والأولى أنسب لأداء المعنى.

(٢) في ش، ز، ق، ط زيادة (أيضاً) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٣) انظر المبسوط ج ١٠ ص ٤٩، والبنية ج ٥ ص ٧٤٦. وفتح القدير ج ٥ ص ٢٥٠، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٥٨، ومغني المحتاج ج ٣ ص ١٠٢.

(٤) في ش، ح، ق زيادة (كان ينقل) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٥) والصحيح أنها البداية وهي السرية التي يبعثها الإمام قبل دخول الحرب. (معني المحتاج ج ٣ ص ١٠٢).

(٦) في الأصل (وفي الثلث الرجعة) وهو وهم من الناسخ، والمراد بها السرية التي يأمرها الإمام بالرجوع بعد توجه الجيش لدار الإسلام، وقد تسمى القفول. والحديث رواه الترمذي عن عبادة بن الصامت أن النبي - ﷺ - كان ينقل في البداية الربيع، وفي القفول الثلث. حديث رقم ١٥٦١، كتاب السير، باب في النقل. حديث رقم ١٥٦١، كتاب السير، باب في النقل، وقال الترمذي وحديث عبادة حسن. ج ٤ ص ١٣٠.

(٧) في ط (قلنا: المراد به) بدل (فالمراد منه) والمعنى واحد.

(٨) (وهو) سقطت من ش. وذكرها أفصل لاكمال المعنى.

(٩) في ش، ز، ق (للعبد) بدل (العبد) والمعنى واحد. والرضخ هو العطية الفليلة. (لسان العرب ج ٣ ص ١٩).

(١٠) في ز زيادة (ونحوه من الصبي والمجنون) وهي توضيح المعنى أكثر.

(١١) في ز (الأربعة الأحماس) بدل (أربعة الأخماس) والأولى أوفق لقواعد النحو.

(١٢) الصحيح أن عند الحنفية الرضخ من الغنيمة قبل إخراج الخمس، (انظر منح المديح ج ٥).

له: أن ماوراء الخمس صار للغانمين، فصار كالسهم^(١) المعلوم، فلا يجوز مزاحمتهم.

لنا: أنه استحق الرضخ بسبب القتال. وهو من جملة المقاتلين^(٢) فصار كالسهم المعلوم، إلا أنه نقص^(٣) منها.

١٢٨٥- قال (الشافعي): إذا أسرنا كافرًا، فطلبوا مفاداته^(٤) منا بالمال؛ جاز. وعندنا: لا يجوز إلا لحاجة^(٥).

له: قوله تعالى: ﴿فَأَمَّا مَا بَعْدُ وَإِنَّا فِدَاءٌ﴾^(٦) ولأنه تجوز المفاداة بأسير مسلم، فكذلك بالمال.

لنا: قوله تعالى: ﴿مَا كَانَتْ لِيَنِي أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يَتَّخِذَ فِي الْأَرْضِ *

ص ٢٤٢، والبنية ج ٥ ص ٧٣٣. وتبين الحقائق ج ٣ ص ٢٥٦.

وقال الشافعي في الأم: «وليس لذلك عندي حد معروف، يعطون الخُرثي، والشيء المتفرق مما يغنم، ولو قال قائل: يرضخ لهم من جميع المال؛ كان مذهبًا، وأحب إلي أن يرضخ لهم من الأربعة الأسهم؛ لأنهم حضروا القتال»... الأم ج ٤ ص ١٤٦. وقال في مغني المحتاج: «ومحلة - أي الرضخ - الأخماس الأربعة في الأظهر؛ لأنه سهم من الغنيمة يستحق بحضور الوقعة، إلا أنه ناقص. والثاني: أنه من أصل الغنيمة كالمؤن، والثالث: أنه من خمس الخمس سهم المصالح». ج ٣ ص ١٠٥. والخُرثي هو أردأ المتاع.

- (١) قوله (كالسهم المعلوم) سقط من ق، وذكره أفضل لاكتمال المعنى.
- (٢) في ش، ز، ق (الغانمين) بدل (المقاتلين) وتؤديان إلى معنى واحد.
- (٣) في ش، ح، ق، ز، ط، أ (أنقص) بدل (نقص) والأولى أنسب للمعنى، لأن المراد صيغة التفصيل.
- (٤) في ط (مفاداتهم) بدل (مفاداته) والثانية أسب للباقي.
- (٥) في ش (بحاجة) بدل (لحاجة) والثانية أفضل لأداء المعنى. وهناك مفاداة بالأسارى، ومفاداة بالمال أما المفاداة بالأسارى فإن عند أبي حنيفة لايجوز في رواية، وعند أبي يوسف ومحمد ورواية أخرى عن أبي حنيفة يجوز وهو قول الشافعي؛ لأن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر، أما المفاداة بالمال فإن المشهور في مذهب الحنفية أنه لايجوز، ولكن إذا كان بالمسلمين حاجة فلا بأس به. وهو قول الشافعي: (انظر المبسوط ج ١٠ ص ٦٣، ٦٤، والبناية ج ٥ ص ٦٩٢، ٦٩٣، وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٩، ٢٢٠. والبدائع ج ٩ ص ٤٣٤٩، ٤٣٥١، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٢٨، وفتح الوهاب ج ٢ ص ١٧٤).
- (٦) سورة محمد: ٤.

فَيُؤْتُونَكَ عَرَضَ الدُّنْيَا • وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ^(١)، ولأن فيه تفوية أهل الحرب، فلا يجوز، كرد أسلحتهم، بل فوق ذلك، وما تلا من الآية فذلك^(٢) في حال قيام الحرب، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى تَخْرُجَ الْخُرُوجَ الْأَوَّلَ﴾^(٣) وأما المعادة بأسير مسلم إنما تحوز ضرورة تخليص المسلم.

١٢٨٦- قال (الشافعي): أهل الحرب إذا وادعونا، وشرطوا أنه^(٤) يرد عليهم من جاءنا مسلماً؛ جاز الوفاء به.

وعندنا: لا يجوز هذا الشرط، ولا يجوز^(٥) الوفاء به^(٦).

له: أن النبي - ﷺ - وادَّعَ أهل مكة أن لا يقتلهم عشر سنين، وأن يرد عليهم من جاءهم^(٧) مسلماً.

لنا: قوله تعالى: ﴿لَا تَرْحَمُوهُمْ إِلَى الْكُفَّارِ﴾^(٨) فكان شرطاً مخالفاً لكتاب الله

(١) سورة الأنفال: ٦٧.

(٢) في ش، ز، ق (فذلك) وفي ط (فكذلك) بدل (فذلك) والأولى والثالثة تؤيدان إلى المعنى الصحيح.

(٣) سورة محمد: ٤.

(٤) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (أن) بدل (أنه) والمعنى واحد.

(٥) في ق، ط (لا يجب) بل (لا يجوز) والثانية أنسب في الدلالة على المعنى.

(٦) انظر فتح القدير ج ٥ ص ٢٠٨، ومغني المحتاج ج ١ ص ٢٦١، ٢٦٣، وفتح الوهاب ج ٢ ص ١٨٣، والأم ج ٤ ص ١٩١. وأما رد المسلمة فلا يصح وهو من الشروط الفاسدة، في عقد الهدنة عند الشافعية. وهي: إطلاق العقد، وعك الأسرى، وترك مال المسلمين لهم، وعقد جزية بدون دينار، ودفع مال إليهم، فلا يجوز عقد الهدنة بأي من هذه الشروط. (المصادر السابقة).

(٧) في ش، ز، ط (جاءنا) وفي ح، ق، أ (جاء) بدل (جاءه) والأنسب الأخيرة؛ لأن الضمير يعود إلى النبي - ﷺ - والحديث رواه البخاري، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الشروط في الإسلام والأحكام، والمباينة، ج ٣ ص ٢٤٦، وسلم في كتاب الجهاد والسير باب صلح الحديبية في الحديبية، حديث رقم ٩٣، ج ٣ ص ١٤١١. وأبوداود، كتاب الجهاد، باب في صلح العدو، وحديث رقم ٢٧٦٥، ج ٣ ص ٨٥، ٨٦، والدارمي، كتاب السير، باب في صلح النبي - ﷺ - يوم الحديبية، ج ٢ ص ٢٣٧.

(٨) سورة الممتحنة: ١٠.

تعالى^(١)، وماروى منسوخ بما تلونا .
 ١٢٨٧- قال (الشافعي): إذا فتح الإمام بلدة قهراً^(٢)، ثم أراد أن يمن عليهم، وتركها^(٣) في أيديهم على ملكهم؛ لا يجوز.
 وعندنا: يحوز^(٤).

له: أنها صارت للغانمين، فلا يجوز إعطاؤها أهل البلدة.
 لنا: أن النبي - ﷺ -، فعل ذلك بأهل مكة، وقد فتحها قهراً^(٥)، والشافعي يقول: أن مكة فتحت صلحاً، فلم تصر للغانمين، دل عليه أنه لم يرو^(٦) أنهم قاتلوا، دل عليه قوله تعالى: ﴿لَتَدْخُلَنَّ الْحَرَامَ إِن شَاءَ اللَّهُ مَآبِيتٍ﴾^(٧) إلا أنا نقول: فتحت^(٨) عنوة وقهراً، بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَوْا الَّذِي كَفَّ أَيْدِيَهُمْ عَنْكُمْ * وَأَيْدِيَكُمْ عَنْهُمْ بِطَرْفِئِ مَكَّةَ مِنْ بَعْدِ أَنْ أَظْفَرَكُمْ عَلَيْهِمْ﴾^(٩).
 وقوله^(١٠) - ﷺ -: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن تعلق بإستار الكعبة فهو آمن»^(١١). وروى أنه دخلها وعلى رأسه مغفر^(١٢)، وهذا دخول المقاتلين، إلا أن أهل مكة ملثوا رعيًا بعد ذلك، وانهزموا، وقوله تعالى:

(١) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (للكتاب) بدل (لكتاب الله تعالى) والثانية أوضح، وفيها تمجيد لله.

(٢) في ز زيادة (عنوة وقهراً) وهي تؤكد المعنى وفي ط (عنوة) بدل (قهرًا) والمعنى واحد.

(٣) في ط (وتركها) بدل (وتركها) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٤) انظر المبسوط ج ١٠ ص ١٥، والبنية ج ٥ ص ٧٩٦ وما بعدها، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٧٩، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٧٣، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٣٦، الأم ج ٤ ص ١٨١.

(٥) رواه مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة حديث رقم ٨٤، ج ٣ ص ١٤٠٦.

(٦) في ش، ز (يرد) بدل (يرو) والمعنى واحد.

(٧) سورة الفتح: ٢٧.

(٨) في ط زيادة (أنها فتحت) وهي تؤكد المعنى.

(٩) سورة الفتح: ٢٤.

(١٠) في ش، ق، ط، (وقال) بدل (وقوله) والمعنى واحد.

(١١) رواه مسلم، في الكتاب والباب السابقين.

(١٢) المغفر هو ما يكون تحت بيضة الحديد على الرأس. (لسان العرب ج ٥ ص ٢٥، والتعريفات الفقهية ص ٤٩٨).

﴿لَتَنَحْلُقَنَّ الْأَمَاجِدَ الْخَرَامَ إِنَّ شَاءَ اللَّهُ مَا يَمِينُ﴾^(١) قبل^(٢) فتح مكة في عمرة القضاء بدليل قوله تعالى: ﴿مُحَلِّفِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُفَوِّضِينَ﴾^(٣).
 ١٢٨٨- قال (الشافعي): سهم قرابة الرسول^(٤) - ﷺ - في الخمس قائم. وعندنا: ساقط^(٥).

له: ظاهر^(٦) قوله تعالى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾^(٧) واللام للاستحقاق.
 لنا: أن الخمس حق لله تعالى^(٨) لقوله - ﷺ -: «الخمس لله تعالى، وأربعة أخماسه لكم»^(٩) فلا يستحقها^(١٠) إلا الفقير، كالركاة.
 وعندنا: لا يستحق بعلة القرابة، وإنما يستحق بعلة الفقر. دل عليه: أن الخلفاء^(١١) قسموا الخمس إلى^(١٢) ثلاثة أسهم: لليتامى، والمساكين، وأبناء

(١) سورة الفتح: ٢٧.

(٢) في ش، ز، ق زيادة (كان قبل) وهي توضح المعنى.

(٣) سورة الفتح: ٢٧.

(٤) في ز (رسول الله) بدل (الرسول) والمعنى واحد.

(٥) عند الحنفية الخمس يقسم إلى ثلاثة أسهم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السيل، ويدخل فيهم فقراء ذوى القربى، ويقدمون على الأصناف الثلاثة. أما الأغنياء ذوى القربى فلا يدفع لهم شيئاً، وأما الشافعي فإنه يرى أن حق ذوى القربى في الخمس قائم والفقير والغني فيه سواء. (مغني المحتاج ج ٣ ص ٩٤، وفتح الوهاب ج ٢ ص ٢٣. والمبسوط ج ١٠ ص ٩، والنهاية ج ٥ ص ٧٣٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٤٣. وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٥٦).

(٦) ظاهر) سقطت من ط. وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.

(٧) سورة الأنفال: ٤١.

(٨) في ط ز يادة (بقوله تعالى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ مِائَةَ أُسْهُمٍ﴾ وهي زيادة تقوي الحجة، والآية في سورة الأنفال: ٤١.

(٩) لم أحده بهذا اللفظ: وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن عبدالله ابن شقيق العقيلي قال: «قام رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله: أخبرني عن الغنيمة، فقال: لله سهم وللهؤلاء أربعة». كتاب الجهاد، باب في الغنيمة كيف تقسم؟ حديث رقم ١٥١٤٩، ج ١٢ ص ٤٣.

(١٠) في ش، ح، ق، ط، أ (يستحقه) بدل (يستحقها) والأولى أفصل، لدالاتها على مذكر وهو (الحمس).

(١١) في ز، ح، ق، ط، أ زيادة (الراشدين) وهي زيادة مطلوبة لتحديد الحلفاء المقصودين.

(١٢) في ز، ح، ق، ط، أ (على) بدل (إلى) وتزديان لمعنى واحد.

السييل، وأما الآية قلنا: يحتمل أن المراد^(١) قرب القرابة، ويحتمل أن المراد قرب النصرة، والملازمة، الذي هو^(٢) سبب الفقر^(٣) على ما قال - ﷺ - في ذلك الحديث: «أنهم لن يزالوا معي^(٤) هكذا، وشبك بين أصابعه^(٥)». وقد عرف تعامه في طريق الخلاف.

١٢٨٩- قال (الشافعي): المرتدة تقتل.

وعندنا: لا تقتل^(٦).

له: قوله - ﷺ -: «من بدل دينه فاقتلوه»^(٧).

لنا: ما روي عن النبي ﷺ - أنه نهى عن قتل النساء، ولم يفصل. وعن

(١) في ط زيادة (مه) ولا يتغير المعنى بهذه الزيادة.

(٢) في ز، ق، ط (التي هي) بدل (الذي هو) والأولى أنسب لدلالاتها على مؤنث وهو (النصرة، والملازمة).

(٣) في ز (القرب) بدل (الفقر) والثانية أنسب للمعنى. لأن الملازمة تمنع طلب الرزق.

(٤) في ز زيادة (في الجاهلية والإسلام) انظر الفقرة التالية.

(٥) رواه أبو داود بلفظ: «أنا وبنو المطلب لا نفرق في جاهلية ولا إسلام، وإنما نحن وهم شيء واحد» وشبك بين أصابعه. كتاب الإمارة، باب في بيان مواضع الخمس، وسهم ذري القري حديث رقم ٢٩٨٠، ج ٣ ص ١٤٦، والنسائي بلفظ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية، ولا إسلام، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد»، وشبك بين أصابعه، كتاب قسم الغني حديث رقم ٤١٣٧، ج ٧ ص ١٣١.

(٦) وكان أبو يوسف يقول أولاً: تقتل إن لم تسلم، ثم رجع عنه، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها تخرج في كل قليل وتعزّر تسعة وثلاثين سوطاً، ثم تعاد إلى الحس إلى أن تموت، أو تموت.

انظر المبسوط ج ١٠ ص ١٠٨، والبنية ج ٥ ص ٨٤٥، وما بعدها، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٨٤، وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٠. والجامع الصغير ص ٢٤٩، ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٣٩.

(٧) رواه البخاري، كتاب استتابة المرتدين، باب حكم المرتد والمرتدة، ج ٩ ص ١٩، عن ابن عباس، ورواه الحاكم في المستدرک في الفصائل في مناقب ابن عباس، ج ٣ ص ٥٣٨، عن ابن عباس أيضاً.

وعن أبي هريرة رواه الطبراني في الأوسط، وعن معاوية بن حيدة وعن عائشة، وعن عصمة أيضاً رواه الطبراني، (مجمع الزوائد. كتاب الحدود والديات، باب فيمن كفر بعد إسلامه ج ٦ ص ٢٦١).

ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «لا تقتل المرأة»^(١)، ولأن كفر المرأة لا يساوي كفر الرجل في كونه داعيًا مفضيًا^(٢) إلى الحرام فلا يساويه^(٣) في استحقاق القتل لما عرف^(٤)، والحديث محمول على الرجل^(٥) بدليل ما ذكرنا^(٦).

(١) رواه الدارقطني عن ابن عباس قال: قال رسول الله - ﷺ - «لا تقتل المرأة إذا ارتدت» كتاب الحدود، حديث رقم ١١٨، ج ٣ ص ١١٧، ورواه أيضًا بألفاظ أخرى من حديث رقم ١١٩ - ١٢٨. بعضها مرفوع، وبعضها موقوف. وقال الدارقطني: ولا يصح هذا عن النبي - ﷺ - .

- (٢) في ز، ط (ومفضيًا) بدل (مفضيًا) والمعنى واحد.
 (٣) في ح (يساوي) بدل (يساويه) والثانية أتسب للسياق.
 (٤) في ق، ط زيادة (في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة توضح مكان ورود الخلاف، وقوله (لما عرف) سقط من ز وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.
 (٥) في ش، ز، ق، ط (الرجال) بدل (الرجل) والمعنى واحد.
 (٦) في ز زيادة (وتماه عرف في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة تناسب ما جاء في نسختها، حيث أسقطها من مكان وأثبتها في مكان آخر (انظر الفقرة قبل السابقة) .

باب جوابات مالك

١٢٩٠- قال (مالك): إذا تعذر إخراج كل ما استولى عليه المسلمون من أموال الكفار من دار الحرب، عقرت الدواب، وترك^(١)، كما يتلف سائر الأموال، لئلا تعود إليهم فينتفعوا بها^(٢).
وعندنا: تذبح، وتحرق بالنار، بعد ذلك^(٣). ولا تحرق قبل الذبح، لقوله - ﷺ -: «لَا يُعَذَّبُ بِالنَّارِ إِلَّا رِبْعُهَا»^(٤). ولأنها لو لم تحرق ينتفعون بها بالأكل، لأنهم يتناولون الميتات . والله أعلم^(٥).

(١) في ح (وترك) بدل (وتركت) والثانية أنسب للسياق. وفي ط زيادة (كما هي) ولا يغير المعنى بهذه الزيادة.

(٢) في ط (بهم) بدل (بها) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) (بعد ذلك) سقطت من ط، وإثباتها أفضل للإيضاح.

(٤) رواه البخاري عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: «وَأَنَّ النَّارَ لَا يُعَذَّبُ بِهَا إِلَّا اللَّهُ...» الحديث. كتاب الجهاد باب التوديع ج ٤ ص ٦٠، ورواه أبو داود عن حمزة الأسلمي، أن رسول الله ﷺ قال: «إِنْ وَجَدْتُمْ فَلَانًا فَاقْتُلُوهُ وَلَا تَحْرِقُوهُ فَإِنَّهُ لَا يُعَذَّبُ بِالنَّارِ إِلَّا رَبُّ النَّارِ» كتاب الجهاد، باب في كراهية حرق العدو بالنار. حديث رقم ٢٦٧٣، ج ٣ ص ٥٤.

(٥) انظر المسوط ج ١٠ ص ٣٧، والبنية ج ٥ ص ٦٩٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٢١. وأما عند المالكية يجوز للمجاهدين إذا ظفروا بعدوهم أن يذبحوا ما قدروا عليه من أنعامهم وغيرها إذا عجزوا عن الانتفاع بذلك، ولا يشترط في الذبح أن يكون على الوجه الشرعي لأن المراد منه إزهاق الروح، ويجوز أن يعرقوها، والعرقبة هي قطع العرقوب منها - ثم يجهزوا عليها لئلا تموت بالجوع والمطر، ومن المالكية من كره أن تذبح أو تمرق. (انظر الشرح الصغير وبلغة السالك ج ١ ص ٣٣٣، وشرح الخروشي ج ٣ ص ١١٨).

كتاب الاستحسان

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول محمد، ولا قول لأبي يوسف فيه

١٢٩١- قال (أبو حنيفة): يجتنب الرجل^(١) من امرأته الحائض ماتحت الإرر.

وقال محمد: يحتب شعار الدم، وهو الفرج^(٢).

له: أنه روي مثل ذلك في الخبر؛ لأن^(٣) المحرم هو اللوث، واللوث فيما ذكرنا.

لأبي حنيفة: ظاهر قوله تعالى: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾^(٤) فهذا يمنع مقارنه^(٥) كل بدنهاء، إلا أن ما وراء الإزار خص بالحديث. وهو قوله - ﷺ - لعائشة حين حاضت: «قومي واترزي وعودي إلى مضجعتك»^(٦)، فبقي الباقي داخلًا تحت النص، وما روى قلنا. تحت^(٧) الإزار شعار الدم؛ لأن الدم قد يتعدى إليه.

(١) في ط (الزوج) بدل (الرجل) والمعنى واحد.

(٢) ذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع أبي حنيفة، وذكر الكرخي قوله مع محمد (انظر المبسوط ج ١٠ ص ١٥٩، ومختصر الطحاوي ص ٢٢، والبيان ج ١ ص ٦٤٢، روح القدير ج ٥ ص ١٤٧).

(٣) في ش، ز، ق (ولأن) بدل (لأن) والمعنى واحد.

(٤) البقرة: ٢٢٢.

(٥) في ش، ح، ق، ط، أ (مقاربة) بدل (مقارنة) والأولى أبلغ في الدلالة على الممنوع.

(٦) رواه الإمام مالك في الموطأ بلفظ: «شدي على نفسك إزارك، ثم عودي إلى مضجعتك» كتاب الطهارة، باب ما يحل للرجل من امرأته وهي حائض. حديث رقم ١٢٣، (شرح الزرقاني ج ١ ص ١١٦). ورواه الإمام أحمد في مسنده عن عائشة قالت: «كان رسول الله - ﷺ - يأمر إحداها إذا حاضت فتتزر، ثم يضاجعها» ج ٦ ص ١٧٤.

(٧) في ح، ز، ق، ط، أ (ماتحت) بدل (تحت) والمعنى واحد.

باب ما قاله الشافعي خلافا لعلمائنا

- ١٢٩٢- مألة غسل الزوجة. ذكرناها في كتاب الصلاة^(١).
- ١٢٩٣- قال (الشافعي). شهادة الرجل العدل^(٢) على رؤية هلال رمضان مقبولة؛ إن لم يكن بالسما علة.
- وعندنا: إذا كانت السماء مصحية لا تقبل إلا شهادة جماعة يعلم أنهم لم يتوافقوا على الكذب. وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: تقبل شهادة رجلين^(٣).
- له: أن النبي - ﷺ - قبل شهادة الأعرابي على رؤية هلال رمضان، وليس فيه: أن السماء كانت مغيمة^(٤).

(١) انظر لمسألة: (٣٠٦).

(٢) في ش، ر (الواحد) بدل (الرجل العدل) والثانية أفضل، لأنها أبلغ في الدلالة على المعنى، إذ غير العدل لا تقبل شهادته، وفي ق (الواحد) بدل (العدل) والثانية أفضل لما سبق. وفي ح (العبد) بدل (العدل) والثانية انسب للمعنى. وفي ط (الواحد) بدل (الرجل العدل) والمعنى واحد.

(٣) قوله (وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: تقبل شهادة رجلين) سقط من ش، ز، ق، ط. وإثباته أفضل لمعرفة قول أبي حنيفة الآخر. (انظر المصنوع ج ٣ ص ٦٤. والبناء ج ٢ ص ٢٨٩، وفتح القدير ج ٢ ص ٢٥٠، والدائع ج ٢ ص ٩٨٧) وقوله في رواية الحسن أنها تقبل شهادة رجلين يعني أنها لا تقبل بشهادة الواحد. ولذلك قال في البناء: وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يقبل، وهو الصحيح ج ٢ ص ٢٨٩. وللشافعية في هذا قولان:

الأول: أنه يثبت بعدل سواء كانت السماء مصحية أم لا.

والثاني: أنه يشترط في ثبوت الرؤية عدلان. (انظر الأم ج ٢ ص ٩٤، ومعني المحتاج ج ١ ص ٤٢٠، ٤٢١).

(٤) في ش، ز، ق، ط (مغيمة) بدل (مغيمة) والمعنى واحد. والحديث رواه أبو داود، كتاب الصوم باب شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان، حديث رقم ٢٣٤٠، ج ٢ ص ٣٠٢. والترمذي، كتاب الصوم، باب ماجاء في الصوم بالشهادة، حديث رقم ٦٩١، ج ٣ ص ٦٥، والنسائي في كتاب الصيام باب قول شهادة الرجل الواحد على هلال شهر رمضان،

لنا: أن هذا [أمر]^(١) ظاهر، تعم^(٢) به السلوى، فلا يكتفى به^(٣) بخبر الواحد، كإخبار الواحد عن وقوع واقعة بعرفات، يوم عرفة، أو في^(٤) جمعة^(٥) في الجامع. والله أعلم.

-
- حديث رقم ٢١١٢، ج ٤ ص ١٣١، والحاكم كتاب الصوم، باب من صام يوم الشك، ج ١ ص ٤٢٤، وقال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه، كلهم عن ابن عباس مرفوعاً.
- (١) في الأصل (من) ولا تناسب المعنى.
- (٢) في ش (تقع) بدل (تعم) والثانية أسب للمعنى.
- (٣) (به) سقطت من ط، وإثباتها أفضل لتأكيد المعنى.
- (٤) في ش، ز، ق، ط (أو يوم) بدل (أو في) وتؤيدان إلى المعنى المراد. وفي ح، أ زيادة (أو في يوم) وهي زيادة توضح المعنى.
- (٥) في ق، ز، ط (الجمعة) بدل (جمعة) والمعنى واحد معهما.

كتاب التحري

باب قول أبي يوسف على خلاف صاحبيه

١٢٩٤- قال (أبيوسف): إذا اشتبهت عليه القبلة، فصلى إلى جهة بغير تحر^(١)، ثم ظهر في الصلاة أنه أصاب؛ يمضي فيها. وعملنا: يستأنف^(٢).

له: أنه لو قطع، لا^(٣) تستأنف إلى غير^(٤) هذه الجهة فلا يبعد. لهما: أن حاله بعد العلم، أقوى من حاله قبله. وبناء القوي على الضعيف لا يجوز، كافتداء القاريء بالأمي، والقائم بالموميء.

(١) في ح، ط (التحري) بدل (تحر) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) المسوط ج ١٠ ص ١٩٤، والبنية ج ٢ ص ٩٦.

(٣) (لا) سقطت من ش، ح، ز، ق، ط. وإثباتها هو الصحيح لاستقامة المعنى.

(٤) في ح، ز، ق، ط (عين) بدل (غير) والأولى أفضل إذا سقطت (لا)، والثانية تفصل مع إثباتها.

باب ما قاله الشافعي خلافا لعلمائنا

١٢٩٥- قال (الشافعي): الدهن إذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز بيعه.

وعندنا: يجوز^(١).

له: أنه نجس، فصار كودك الميتة.

لنا: أنه مال منتفع في نفسه، إلا أنه جاوره^(٢) النجاسة فصار معيَّاً، فجاز بيعه، ويُسُّ العيب.

١٢٩٦- قال (الشافعي): إذا اخلط^(٣) الأواني، والأقل طاهر، ولا يجد غيرها،

فعليه التحري، ولا يجوز التيمم.

وعندنا: يجوز^(٤).

له: أنه واجد للماء حقيقة، فصار كالثياب والمسالخ^(٥).

لنا: أن الغالب هو النجس، والحكم للغالب، فيجعل كأن^(٦) كله نجس، بخلاف الثياب؛ لأن غيره لا يقوم مقامه في ستر العورة. وههنا^(٧) التراب يقوم مقامه^(٨).

(١) عند الحنفية يجوز بيعه مع بيان العيب. (انظر المبسوط ج ١٠ ص ١٩٨. وانظر مغني

المحتاج ج ١ ص ٨٦ والمجموع للنووي ج ٨ ص ٣١).

(٢) في ز، ق، ط (جاورته) بدل (جاوره) والأولى أفضل؛ لأن الصمير بدل على لفظ مؤنث وهو النجاسة.

(٣) في ط، أ (اخلطت) بدل (اخلط) والأولى أنسب للمعنى.

(٤) انظر المبسوط ج ١٠ ص ٢٠١، ومغني المحتاج ج ١ ص ٢٦.

(٥) أي الجلود.

(٦) في ش، ط (كأنه) بدل (كأن) والمعنى واحد.

(٧) في ش، ح، ط، (وهنا) بدل (وههنا) والمعنى واحد.

(٨) في ش، ز، ط، ق زيادة (في الطهارة) وهي توضيح المعنى أكثر.

كتاب اللقيط

باب قول أبي يوسف على خلاف صاحبيه

١٢٩٧- قال (أبو يوسف): اللقيط إذا قتل عمداً، فللإمام أن يصالح؛ لأنه نافع للمسلمين، وليس له أن يعفو؛ لأنه إبطال حقهم، وليس له أن يستوفي القصص عند أبي يوسف.

وقال أبو حنيفة ومحمد: له ذلك^(١).

له: أنه لا يخلو عن ولي^(٢) قريب، أما الأب أو الأم إن كان عن رشد^(٣)، إلا أنه اشتبهت^(٤)، فلا يستوفي.

لهما: قوله - ﷺ -: «السلطان ولي من لا ولي له»^(٥) ظاهراً. وما ذكرنا من الاحتمال، قلنا: الولي الذي^(٦) لا يصل إليه، ولا ينتفع برأيه^(٧)، وجوده وعدمه سواء^(٨).

(١) انظر المبوط ج ١٠ ص ٢١٨، والبنية ج ١٠ ص ٤٠.

(٢) في ط زيادة (إلى) ولا معنى لهذه الريادة.

(٣) مي ز، ش، ق، ط زيادة (عن غير رشد) ولا معنى لهذه الزيادة؛ لأن المقتول سواء كان مرشداً، أو غير مرشد للولي حق المطالبة، وفي ح، أ (رشد) بدل (رشد).

(٤) في ش، ز، ق، ط (اشتبه) بدل (اشتبهت) والأولى أنسب للسياق.

(٥) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم ٢٠٨٣، ج ٢ ص ٢٢٩، والترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لانكاح إلا بولي، حديث رقم ١١٠٢، ج ٣ ص ٢٩٩، وقال الترمذي: هذا حديث حسن. ورواه ابن ماجة في كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم ١٨٧٩، ج ١ ص ٦٠٥، والدارمي، كتاب النكاح، باب الهوى عن النكاح بغير ولي، ج ٢ ص ١٣٧.

(٦) (الذي) سقطت من ز، وإثباتها أفصل لاكمال المعنى.

(٧) في ش، زيادة (أو بولايته) وفي ق زيادة (ولا بولايته) والزيادة توضح المعنى أكثر.

(٨) في ش، ز، ط (بمترلة) بدل (سواء) وتزدريان إلى معنى واحد.

باب ما قاله الشافعي خلافا لقول علمائنا

١٢٩٨- قال (الشافعي): إذا ادعى نسب اللقيط رجلان وأقاما البيئتين، يرجع إلى القائف^(١) المدلجي^(٢) فيلحقه^(٣) بأحدهما، وإن لم يكن مدلجي، فقايف آخر.

وعندنا: يثبت نسبه منهما جميعاً^(٤).

له: حديث ورد في مثل ذلك.

لنا: أنه لا علم للقائف^(٥)، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾^(٦) وقد روي في^(٧) ذلك حديث عمر: «هو^(٨) ابنيهما، يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما»^(٩).

-
- (١) الذي يتبع الأثر. ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. (لسان العرب ج ٩ ص ٢٩٣).
 - (٢) نسبة إلى بني مدلج من كنانة، فإنهم اشتهروا بالقيافة فقد روي أن مجزراً المدلجي رأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض، رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، ج ٨ ص ١٩٥، وانظر الإصابة ج ٣ ص ٣٦٥، وهامش نسخة ح، الورقة ١٢٨.
 - (٣) في ز (لilحقه) بدل (يلحقه) والمعنى واحد.
 - (٤) انظر البناية ج ٦ ص ٨، وفتح القدير ج ٥ ص ٣٤٤، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٤٢٨، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٩٨.
 - (٥) في ط زيادة (بذلك) ولا تغير المعنى.
 - (٦) سورة الإسراء: ٣٦.
 - (٧) في ق زيادة (مثل) ولا أثر لها.
 - (٨) في ز (هذا) بدل (هو) والمعنى واحد.
 - (٩) رواه الطحاوي: وقع رجلان على جارية في طهر واحد، فعلقتهما الجارية فلم يدر من أيهما هو، فأتيا عمر يتخاضمان في الولد، فقال عمر: «ما أدري كيف أتضي في هذا، فأتيا علياً فقال: هو بينكما، يرثكما، وترثانه، وهو للباقي منكما». كتاب القضاء والشهادات، باب الولد يدعيه الرجلان كيف الحكم فيه؟ ج ٤ ص ١٦٤.

باب جوابات مالك

١٢٩٩- قال (مالك): إذا أدرك اللقيط، فشهد على إنسان بالزنا، لم يقبل.

وعندنا: يقبل^(١).

له: أنه متهم بقصد أن يجعل لنفسه شبيهاً، وهو ولد، لا أم^(٢) له.

لنا: أنه عدل شهد لغيره، فيقبل كغير اللقيط^(٣).

(١) انظر السناية ج ٧ ص ١٨٩، ١٩٠، وفتح القدير ج ٦ ص ٤٩٢، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٨٩٥.

(٢) في ز، ش، ق، ط (أب) بدل (أم) والأولى هي الصواب، لأن المعنى يستقيم بها.

(٣) في ز (كغيره) بدل (كغير اللقيط) والمعنى واحد.

كتاب اللقطة

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١٣٠٠ - قال (أبو يوسف) : إذا التقط لُقْطَةً ليردها على مالكة، إذا [وجده] ^(١) لم يضمن إذا هلك؛ أشهد أو لم يُشهد.
وقال أبو حنيفة ومحمد : إذا لم يُشهد؛ يضمن ^(٢).
له : [أنه] ^(٣) أخذه ^(٤) بإذن الشرع، فصار كالأخذ بإذن المالك.
لهما : أن إذن الشرع مفيد بشرط الإشهاد، قال - ﷺ - : «من أخذ لقطة، فليشهد عليه» ^(٥) ذوي عدل ^(٦)؛ ولأن أخذ مال الغير سبب للضمان، وإنما ^(٧) يستتبع الضمان إذا أخذه لمالكة، وذلك ^(٨) إنما يعرف بالإشهاد.

-
- (١) في الأصل (وجد) والمعنى لا يستقيم بها.
(٢) نظر الساية ج ٦ ص ١٩، وفتح القدير، والعناية ج ٥ ص : ٣٤٩، وتبيين الحقائق ج ٣ ص : ٣٠٢.
(٣) في الأصل (أن) والمعنى لا يستقيم بها.
(٤) في ط (أخذها) بدل (أخذه) والأولى أنسب لأن اللقطة لفظ مؤنث.
(٥) في ز، و (عليها) بدل (عليه) والروايات التي وجدتها ليس فيه عليه، ولا عليها.
(٦) رواه أبو داود، كتاب اللقطة، حديث رقم ١٧٠٩، ج ٢ ص ١٣٦، بلفظ : «من وجد لقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل . . . وابن ماجه بلفظ أبي داود، كتاب اللقطة، باب اللقطة، حديث رقم ٢٥٠٥، ج ٢ ص ٨٣٧، والإمام أحمد في مسنده، ج ٤ ص ١٦٢، والبيهقي، كتاب اللقطة، باب اللقطة يأكلها الفتي والفقر إذا لم تعرف بعد تعريفه، ج ٦ ص ١٨٧، كلهم عن عياض بن حمار المجاشعي عن النبي - ﷺ -
(٧) في ش (فإنما) بدل (وإنما) والثانية أنسب للأسلوب.
(٨) في ش، ح، ز، ق، ط (وذلك) بدل (وذلك) والمعنى واحد.

باب ما قاله الشافعي خلافاً لعلمائنا

١٣٠١ - قال (الشافعي): الملتقط إذا عرف مدة التعريف، ولم يظهر المالك، فإن شاء تصدق بها على فقير، أو على نفسه - إن كان فقيراً، أو غنياً وعندنا: إذا كان غنياً ليس له ذلك^(١).
له: قوله - ﷺ - لأبي بن كعب، في مائة دينار وجدها، وعرقها ثلاث سنين: «اخلطها بمالك فإذا جاء صاحبها، فادفعها»^(٢)، وإلا فانتفع بها، فإنها رزق ساقها^(٣) الله إليك^(٤).
لنا: أن الواجب هو التصدق، والغني ليس محله^(٥)، وأما الحديث قلنا: أبي^(٦) كان فقيراً، وماله الذي أمر بالخلط به^(٧) كان دون النصاب. والله أعلم.

-
- (١) انظر المبسوط ج ١١ ص ٥، والبنية ج ٦ ص ٣٨، ٣٩، فتح القدير ج ٥ ص ٣٥٩، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٠٧، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٤١٥.
(٢) في ش، ق، ز، ط زيادة (إليه) ولا توجد هذه الزيادة في البخاري ومسلم.
(٣) في ش، ط (ساقه) بدل (ساقها) والأولى أنسب لدلائلها على الرزق وهو مذكور.
(٤) رواه البخاري، كتاب اللقطة، باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع حتى لا يأحدها من لا يستحق، بلفظ: «أعرف عدتها، ووكانها، ووعامها، فإن جاء صاحبها، وإلا استنح بها» ج ٣ ص ١٦٦، ومسلم بلفظ البخاري، كتاب اللقطة، حديث رقم ٩، ج ٣ ص ١٣٥٠.
(٥) في ز، ش، ق، ط (بمحله) بدل (محله) ونؤيدان لسمي واحد.
(٦) في ق (إنه) بدل (أبي) والثانية أوضح.
(٧) (به) سقطت من ط، وإثباتها أصل لاستقامة المعنى.

باب جوابات مالك

١٣٠٢ - قال (مالك): إذا التقط العبد لقطة، فعرفها، ثم أتلّفها، ثم جاء صاحبها^(١)؛ لا يطالبه للحال، وإنما يطالبه بعد العتق وإن [لم]^(٢) يعرفها، يظهر الضمان في حق المولى، فيؤمر بالدفع، أو الفداء.
وعندنا: في الفعلين جميعاً يطالب المولى بقضاء الدين، أو البيع فيه^(٣).
له: أن الشرع أذن له في ذلك، فكان ضامناً^(٤) لحصته^(٥)، فلا يظهر في حق المولى.
لنا: أنه ضمان استهلاك، فالحكم فيه ما ذكرنا، لما عرف^(٦).

-
- (١) في ش، ز، ح، ق، ط (مالكها) بدل (صاحبها) والمعنى واحد.
(٢) سقط ما بين القوسين من الأصل، والمعنى لا يتم إلا به. وفي ق (فإن لم) بدل (وإن لم) والمعنى واحد.
(٣) انظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق ج ٣ ص: ٣٠٦، ٣٠٧. وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧٧، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٨٣٩، وبداية المجتهد ج ٢ ص: ٢٧٩.
(٤) في ش، ز، ق، ط (ضامناً) بدل (ضامناً) والثانية أنسب للمعنى والسياق.
(٥) في ح، ط، أ (بحصته) بدل (لحصته) والثانية أنسب للسياق.
(٦) في ز، ط زيادة (في موضعه) وهي توضح المعنى أكثر، والمراد أن ما يتلّمه العبد يتعلق برقبته، فإذا أن يباع، أو يدفع المولى ما يستحق عليه (انظر المسألة ١٠٣٠، ١٠٦٥).

كتاب المفقود

باب جوابات مالك

١٣٠٣ - قال (مالك): امرأة المفقود، بعد أربع سنين يفرق القاضي بينهما، وتُعْتَدُ بأربعة أشهر، وعشرة أيام، ثم [تتزوج]^(١) من شاءت، فإذا عاد زوجها بعد مضي المدة^(٢) فهو أحق بها، وإن^(٣) تزوجت، فلا سبيل له عليها. وعندنا: لا يفرق^(٤) حتى يستين موت، أو طلاق^(٥).

(١) في الأصل، (تزوجت) وهو وهم من النسخ.

(٢) في ح، أ (العدة) بدل (المدة) والأولى أنسب للمعنى.

(٣) في ش (إن) بدل (وإن) والمعنى واحد.

(٤) في ز، ق، ط زيادة (بينهما وتصبر) وفي ح زيادة (وتصبر) وتوضح المعنى أكثر.

(٥) إذا غاب الرجل عن امرأته له حالتان:

الحالة الأولى: أن تكون غيبته غير منقطعة، وذلك بأن يعرفوا أخباره، وتأتي رسائله،

أو أن تكون غيبته انقطعت فيها أخباره، ولا يعرفون مكانه.

أما في الأولى فليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم، إلا إذا تقدمت بطلب فسخ النكاح لعدم النفقة، أو لعدم العشرة، فالقاضي يحكم بما يراه.

الحالة الثانية لها حالتان أيضًا الأولى:

إما أن تكون غيبته في ظاهرها السلامة كالسفر للسياحة والتجارة، والطرق آمنة فعند الحنفية والشافعية - في قول - والحنابلة، لا تزول الزوجية ما لم يثبت موته، لما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال في امرأة المفقود: «هي امرأته ابتليت، فلنصبر حتى يستبين موت أو طلاق». رواه عبدالرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، وعند المالكية والشافعية في قول آخر أنها تنصبر أربع سنين، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً، وتحل للأزواج بعد ذلك، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: «ننصبر أربع سنين ونعتد أربعة أشهر وعشراً». رواه ابن أبي شبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب من قال تعتد وتزوج، ولا تنصبر، ج ٤ ص ٢٣٧، والدارقطني، كتاب النكاح باب المهر في امرأة المفقود، حديث رقم ٢٥٤، ج ٣ ص ٣١١.

والثانية أن تكون الغيبة في ظاهرها الهلاك كمن خرج إلى مكان قريب ولم يرجع، ولم يظهر له خبر، أو يفقد في الحرب، أو في البحر بفرق سفينة أو غيرها، معد المالكية

له: أن عمر - رضي الله عنه - قضى بذلك في الذي استشهواه^(١) الجبن بالمدينة^(٢).

لنا أن النكاح^(٣) ثابت، فلا يزال^(٤) بالنكاح^(٥). وعن علي^(٦) رضي الله عنه أنه قال في هذا: فهي امرأة بطلت فتلصق حتى يستبين موت أو طلاق^(٧) وعن عمر - رضي الله عنه - أنه رجع إلى قوله^(٨).

والحكمة تترى أربع سنين ثم تمتد، وعند الحنفية والشافعية في قوله لا تزول الزوجية حتى يظهر موت أو طلاق. لما سبق من الآثار عن علي. وعمر بن الخطاب (انظر الفتاوى لابن عساكر، ج ٢ ص ٥٦٧، والمصنف لابن قدامة ج ٧ ص ٤٨٨، والإيضاح للمردهوي ج ٩ ص ٢٨٨، والأم ج ٢ ص ٢٢٩، وما بعدها، والبناءة ج ٦ ص ٦٤، وما بعدها، وفتح القدير ج ٥ ص ٣٧١، وما بعدها، والمبسوط ج ١١ ص ١٢٢).

(١) في ح (استهونه) بدل (استهواه) والأولى أنسب للمعنى.

(٢) روى ابن أبي شيبة والدارقطني في الكتب والأبواب والصفحات السابقة ورواه البيهقي، كتاب العدد، باب من قال تنظر أربع سنين، ج ٧ ص ١١٥.

(٣) في ط رواية (كأن) ولا معنى لها.

(٤) في ث، د (يرد) بدل (يزال) وتوهمان إلى معنى واحد.

(٥) في د رواية (والاحتمال) وترد المعنى وهو خطأ.

(٦) في الأصل رواية (لأنه رجع) وهو وهم من التلخيص.

(٧) سبق ترجمته قبل قليل. كما روى البيهقي كتاب العدد، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يلقاها يلين وفاته، ج ٧ ص ٤١٤.

(٨) ذكر هذا في المبسوط ج ١١ ص ٢٥، وقال في المتن: فقال الأثرم: قيل لأبي عبد الله - أحمد بن حنبل - تلصق إلى حلت عمر؟ قال: هو أحسنها، يروى عن عمر عن ثمانية وجوه. ثم قال: رجعوا أن عمر رجع من هذا، هؤلاء الكذابين، قلت مروى من وجه ضعيف لأن عمر قال بخلاف هذا؟ قال: لا إلا أن يكون إنسان يكلب... ج ٧ ص ٤٨٩.

كتاب الإباق

باب قول أبي يوسف على خلاف صحبيه

١٣٠٤ - قال (أبو يوسف): رَأَى الْآبَقُ^(١) إِذَا أَدْخَلَهُ الْمَصْرَ، وَمَالِكُهُ مَوْرَثُهُ^(٢)، فَمَاتَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، لَا جُعْلَ لَهُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: لَهُ الْجُعْلُ^(٣).

له: أَنْ الْجُعْلَ يَجِبُ بِالتَّسْلِيمِ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ فِي الْمَصْرِ، قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا يَجْعَلُ لَهُ^(٤)، وَعِنْدَ التَّسْلِيمِ هُوَ لَهُ، أَوْ لَهُ فِي الْعَدِّ شَرَكَةٌ. لِهَئِمَّا: أَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ بِرَدِّهِ إِلَى مَصْرِهِ، فَلَا يَسْقُطُ بِصَيْرُورَتِهِ لَهُ: كَالْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا عَمَلَ لِمَوْرَثِهِ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْرَثُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ^(٥) إِلَيْهِ^(٦).

١٣٠٥ - قال: (أبو يوسف): إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى عَدِّ بِالسَّرِقَةِ^(٧) وَالْمَوْلَى غَائِبٌ؛ يَقْطَعُ.

وعند أبي حنيفة ومحمد: لَا يَقْطَعُ حَتَّى يَحْضُرَ الْمَوْلَى^(٨). له أَنَّهُ فِي الْحُدُودِ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ، وَلِهَذَا يَقْطَعُ بِإِقْرَارِهِ عِنْدَ غِيَةِ الْمَوْلَى. لِهَئِمَّا: أَنَّ الْبَيِّنَةَ قَامَتْ عَلَى الْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ يَتَلَفَّ مَالَهُ، وَعَلَى الْعَبْدِ أَيْضًا، فَيَشْتَرِطُ حَضْرَتُهُمَا.

(١) الْآبَقُ هُوَ الْعَبْدُ الَّذِي يَهْرَبُ عَنْ مَوْلَاهُ قَصْدًا.

(٢) أَيُّ مَنْ قَامَ بِرَدِّ الْعَبْدِ هُوَ مَنْ يَرِثُونُ مِنْ مَالِكِ الْعَبْدِ الْمَرْدُودِ.

(٣) انْظُرِ الْبِدَائِعَ ج ٨ ص ٣٨٧٥، وَالْجُعْلُ بِضَمِّ الْجِيمِ وَأَسْكَانِ الْعَيْنِ. مَا يَجْعَلُ لِلْإِنْسَانِ مِنْ شَيْءٍ عَلَى شَيْءٍ يَفْعَلُهُ. (انْظُرِ أُنَيْسَ الْفُقَهَاءِ ص ٦٩، التَّعْرِيفَاتُ ص ٤١).

(٤) فِي ز، ق، ط (لَا يَجِبُ الْجُعْلُ) بَدَلَ (لَا جُعْلَ لَهُ) وَالْمَعْنَى وَاحِدٌ.

(٥) فِي ز (التَّسْلِيمُ) بَدَلَ (تَسْلِيمُهُ) وَالْمَعْنَى وَاحِدٌ.

(٦) فِي ز، ق، زيادة (أَلَا يَسْقُطُ الْأَجْرُ) وَمِنْ زِيَادَةِ تَمِّ الْمَعْنَى.

(٧) فِي ز، ق، ط (السَّرِقَةُ) بَدَلَ (بِالسَّرِقَةِ) وَالثَّانِيَةُ أَنْسَبُ لِلْمَعْنَى.

(٨) انْظُرِ الْمَسْوَطَ ج ١١ ص ٢٣.

١٣٠٦ - قال (أبو يوسف). يقلل كتاب القاضي إلى القاضي في العيد.
وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يقلل^(١).
له: أن فيه ضرورة؛ لأن الإباق فيهم^(٢) غالب.
لهما: أنه مفقود^(٣)، فصار كالجوارى^(٤)، والجامع أن الإشارة إليه عند
الدعوى شرط، وما ذكر من الضرورة، قلنا: لا يمكن دفعها، فإنه تقع
الحاجة إلى الإشارة إلى^(٥) الدعوى، وإنه لا يمكن^(٦) من غير إحضار^(٧).

(١) انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٤، والبنابة ج ٧ ص ٤٣، وفتح القدير ج ٦ ص ٣٨٢، وتبيين
الحقائق، وحاشية الشلبي ج ٤ ص ١٨٣.

(٢) في ش (مهم) بد (فيهم) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ش، ز، ط (منقول) بدل (مفقود) والأولى أنسب للمعنى وفي ط زيادة (مال منقول)
وهي توضح المعنى.

(٤) لأن الجوارى لا يقلل كتاب القاضي إلى القاضي فيهم بالاتفاق. (المصادر السابقة).

(٥) في ش، ز، ق، ط (في) بدل (إلى) والأولى أنسب للمعنى هنا، لأن المراد الإشارة إلى
العبد أثناء الدعوى.

(٦) في ح زيادة (دفعها) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٧) في ط زيادة (ولا كذلك سائر الديون) وهي توضح لمعنى أكثر.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد، ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٣٠٧ - قال (أبو يوسف) : إذا رد آبقًا لا تبلغ قيمته أربعين تجب أربعون .
وقال محمد ينقص من الجعل^(١) درهم^(٢) .

له : أن وجوبه ثبت إحياء لحقوق الناس ، نظرًا لهم ، وليس من النظر إيجاب
أربعين برّد من لا^(٣) يساوي ذلك .

لأبي يوسف : أن هذه تقدير ورد الشرع به ، ولم يفصل ، فلا يُحطّ بنقصان
القيمة ، كصدقة الفطر .

(١) في ط (القيمة) بدل (الجعل) والثانية أنسب للمعنى .

(٢) وقول أبي يوسف مثل قول محمد : وأما قول أبي حنيفة فقد ذكره في شرح الطحاوي مع
قول محمد - قاله في البناية - كما ذكر صاحب البدائع قوله مع قول محمد أيضًا .
انظر المبسوط ج ١١ ص ٣٢ ، والبناية ج ٦ ص ٤٨ ، ٤٩ ، وفتح القدير ج ٥ ص

٣٦٣ ، والبدائع ج ٨ ص ٣٨٧٧ ، ونبين الحقائق ج ٣ ص ٣٠٨
(٣) في ز ، ق ، ط (ما لا) بدل (من لا) والثانية أفضل ؛ لأن (من) يعبر بها عن العاقل ، والمراد
هنا العبد وهو عاقل .

باب ما قاله الشافعي خلافاً لعلمائنا

١٣٠٨ - قال (الشافعي): لا جُئِلَ لِرَأْدِ الْآبِقِ من مسيرة سفر، من غير شرط - وهو القياس.

وعندنا: يجب أربعون درهماً^(١).

له: أنه عمل لغيره من غير عقد^(٢) وشرط^(٣).

لنا: إجماع الصحابة: فقد روي عن عمر، وعلي، وابن مسعود وعمار - رضي الله عنهم - إيجابه^(٤)، ولم يرو عن^(٥) غيرهم خلافاً^(٦).

لكن اختلفوا في المقدار، فَقَدَّرَهُ عمر، وعلي بدينار أو عشرة دراهم، وقدره ابن مسعود بأربعين درهماً، ولأنه لو لم يجب، يؤدي إلى ضياع أموال الناس؛ لأنه لا يرد بغير شيء.

(١) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٧، والبدائع ج ٨ ص ٢٨٧٣، وتبيين الحقائق ج ٢ ص ٣٠٨، والبنية ج ٦ ص ٤٥. وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢، ومغني المحتاج ج ٢ ص: ٤٢٩، وفتح الرواب ج ١ ص ٢٦٧، والأم ج ٤ ص ٧١.

(٢) في ح (نصد) بدل (عقد) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) (وشرط) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لزيادة وضوح المعنى.

(٤) رواه البيهقي عن ابن مسعود، كتاب اللقطة، باب الجمالة، ج ٦ ص ٢٠٠، ورواه الطبراني في الكبير، (مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٧١).

وقال الهيثمي: «وفيه أبو رباح ولم أعرفه، ويقية رجاله رجال الصحيح» وابن أبي شبة في مصنفه، كتاب البيوع، باب جعل الآبق، حديث رقم ١٩٨١، ج ٨ ص: ٥٤١، وعن عمر، وعلي رواه ابن أبي شبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية باب جعل الآبق حديث رقم ١٩٨٢، ١٩٨٣، ١٩٨٥، ج ٦ ص: ٥٤١، ٥٤٢.

(٥) في ق زيادة (أحد) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٦) في ز (خلافه) بدل (خلافاً) وتؤديان إلى المعنى المراد. وفي ط (بخلافه) بدل (خلافاً) والمعنى واحد.

كتاب الغصب

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٣٠٩ - قال (أبو حنيفة) : الزوائد المتصلة بالمنصوبة^(١) لا تضمن بالبيع، والتسليم.

وقال أبو يوسف ومحمد : تضمن^(٢)

لهما : أن البيع والتسليم سبب الضمان، بدليل أنه يضمن به الزوائد المنفصلة. وقد وجد.

له : أن سبب^(٣) الضمان لم يوجد في الزيادة؛ لأن سببه الاستهلاك المعنوي : وهو إخراج المحل من أن يكون منتفعا في حق المالك، والزيادة ما كانت منتفعا بها في [حق المالك]، لأنها ممنوعة بمنع الأصل، فلا يتصور إخراجها من أن تكون منتفعا بها في حق^(٤) المالك، لما عرف^(٥).

١٣١٠ - قال : (أبو حنيفة) : إذا^(٦) فقأ عيني عبد إنسان، أو قطع يديه، أو رجله، وأرد المالك إمساك الجثة، ليس له أن يُضمَّن الجاني شيئا.

(١) أي الجارية المنصوبة، وأما الزوائد المنفصلة فلا خلاف بين الحنفية، في أنها نصير مصونة بها.

(٢) في ظاهر الرواية لم يذكر هذا الخلاف، وإنما روى هذا الخلاف الحسن بن أبي رباد عن أبي حنيفة، وابن سماعة، عن محمد، عن أبي حنيفة. (انظر المبسوط ج ١١ ص ٥٦، والبدائع ج ٩ ص ٤٤٠٤، ٤٤٠٥)

(٣) في ط زيادة (وجوب) وهي توضيح المعنى وتكملة.

(٤) ما بين القوسين سقط من الأصل بوهم من الناسخ حيث اشتبهت عليه لفظة (المالك) الأولى بالثانية.

(٥) في ز، ط (وتماه عرف في طريقة الخلاف) بدل (ما عرف) والأولى أوضح (الطر استخلف الورقة ١٥٤).

(٦) في ق (رجل) بدل (إذا) والمعنى واحد.

وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يضمه نقصان العمى، وغيره^(١).
 لهما : أنه جنابة^(٢) على مال^(٣)، فكان المالك بالخيار، إن شاء ضَمَّهُ قدر^(٤)
 النقصان، وأمسك الأصل، وإن شاء سَلَّمَ الكل، وضَمَّهُ قيمة الكل، كما في
 تخريق الثوب.
 له : أن هذا ضمان كل البدن^(٥)؛ لأنه مقدر به. فإذا أُخِذَ؛ تزول الجنة عن
 ملكه، كيلا يؤدي إلى جمع^(٦) البدل والمبدل في ملكه.
 ١٣١١ - قال : (أبو حنيفة) : إذا غصب ثوبا فصبغه أسودا، فهو نقصان عند أبي
 حنيفة : كتخريق الثوب.
 وقال أبو يوسف ومحمد : زيادة، كالحُمْرَة^(٧) وهذا اختلاف عصر، وزمان،
 لا اختلاف حجة وبرهان، فإن الناس ما كانوا يلبسون السواد^(٨) في زمنه،
 ويلبسون^(٩) في زمنهما.
 ١٣١٢ - قال (أبو حنيفة) : إذا غصب من إنسان ذهبًا، أو فضة فصَاغَهُ شيئًا؛ لم
 ينقطع حق المالك
 وقال أبو يوسف ومحمد : ينقطع^(١٠).

-
- (١) انظر الجامع الصغير ص ٤١٨، والبنية ج ١٠ ص ٣٠٦، وفتح القدير ج ٩ ص : ٢٩٣،
 وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١٦٤.
 (٢) في ق، (جنى) بدل (جنابة) والأولى أنسب للضمير السابق لها.
 (٣) في ق زيادة (المولى) ولا أثر لهذا الزيادة.
 (٤) في ط (قيمة) بد (قدر) وتؤيدان إلى معنى واحد.
 (٥) في ش (البدل) وفي ط (المبدل) بدل (البدن) والأخيرة أنسب للمعنى.
 (٦) في ق، ط (إلى الجمع بين) بدل (إلى جمع) والمعنى واحد.
 (٧) انظر المبسوط ج ١١ ص ٨٥، والبنية ج ٨ ص ٣٩٧، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٣٠،
 وفتح القدير ج ٨ ص ٢٧١، والمسألة (١١٢٦).
 (٨) في ش (الثياب السود) بدل (السواد) وتؤيدان إلى معنى واحد.
 (٩) في ط زيادة (السواد) وهي توضح المعنى أكثر.
 (١٠) انظر البنية ج ٨ ص ٣٧٧، وفتح القدير ج ٨ ص ٢٦٤، والبدائع ج ٩ ص : ٤٤١٩،
 وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٧، والمبسوط ط ١١ ص ١١١.

لهما: أن الترتيب الحاصل بهذه الصياغة^(١) ملكه، والأصل منك المنفصوب منه، ولا يمكن مراعاتهما جميعاً، فيجب قطع أحدهما بالآخر، وقطع حق المالك إلى ضمان^(٢) أولى؛ لأنه أقل ضرراً، وصار كما لو غصب حديثاً، واتخذ^(٣) سيفاً، أو سكيناً.

له: أن الحاصل بصنيعه^(٤) الجودة، وهو^(٥) غير متقوم في مال الربا، ولهذه لو غصب خلياً فكسره، فأخذ المالك، ليس له أن يضمه، وحق المالك متقوم فكان رعايته أولى.

١٣١٣ - قال (أبو حنيفة): إذا غصب جلد ميتة فدبغته بماله قيمة، فالمالك بالخيار: إن شاء أخذه، وضمن [ما]^(٦) زاد الدباغ فيه، وإن شاء تركه، وضمنه قيمة جلد طاهر. وللغاصب حبه لاستيفاء حقه، فإن هلك بعد حبه سقط^(٧) قيمة الزيادة، فإن^(٨) استهلكه لا يضمن قيمة الجلد للمالك. وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن^(٩).

لهما: أنه استهلك ملك^(١٠) غيره^(١١)، فيضمن، كما لو دبغه بما لا قيمة له

-
- (١) في ز، ط (بصنعه) وفي ق (بصنعه) بدل (بهذه الصياغة) والآخر أوضح.
 (٢) في ز زيادة (مثله) وهي تؤدي إلى استقامة المعنى. وفي ح، ق، ط، أ (الضمان) بدل (ضمان) والأولى أوضح في الدلالة على المعنى.
 (٣) في ش (وأخذه) وفي ح (واتخذ) وفي ق، ط (فأخذ) بدل (واتخذ) والثالثة والرابعة أنسب للمعنى.
 (٤) في ز، ق، ط (بصنعه) وفي ط، أ (بصنعه) بدل (بصنيعه) والأولى والثانية أنسب للمعنى.
 (٥) في ش، ق (وهي) بدل (وهو) والثانية أنسب للسياق، إذ الضمير يعود على مذكر، وهو المنفصوب.
 (٦) في الأصل (بما) ولا يستقيم المعنى بها.
 (٧) في ش، ز، ق، ط (سقطت) بدل (سقط) والأولى أنسب، لاشتغالها على تاء التانيث الدالة على القيمة.
 (٨) في ط زيادة (كان) ولا أثر لها.
 (٩) انظر تبیین الحقائق ج ٥ ص ٢٣٦ والبدائع ج ٩ ص: ٤٤٥٠، والباية ج ٨ ص ٤٣١، وفتح القدير ج ٨ ص ٢٢٨، والجامع الصغير ص ٣٨٣، ٣٨٤.
 (١٠) في ح، ز (مال) بدل (ملك) وتؤيدان إلى معنى واحد.
 (١١) في ز (الغير) بدل (غيره) وتؤيدان إلى معنى واحد.

له: أنه محروس عنده بدل استحققه على صاحبه، فيكون مضموناً به؛ لأنه بالقيمة كالمسح في يد البائع^(١).

ولو غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له، فهلك عنده؛ فلا ضمان عليه، وإن استهلكه ضمن - في قولهم جميعاً - ولو دبغه بشيء معلوم، فهلك في يده، فلا ضمان عليه، وإن استهلكه فلا ضمان عليه - في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن قيمته مدبوغاً، ويعطيه، ما زاد الدباغ فيه. (نقل من التجريد)^(٢).

١٣١٤ - قال: (أبو حنيفة):^(٣) المفصولة إذا زنت عند الغاصب فحبلت، فردها إلى المالك، فولدت عنده، ثم ماتت في نفاسها، يضمن الغاصب قيمتها يوم علقت. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن شيئاً^(٤).

لهما: أنها تعيب في يد الغاصب بالحمل، ولما^(٥) ردها، وولدت^(٦)، زال الحبل، فزال الضمان، ثم النفاس حدث في يد المالك، فلا يضمن به^(٨) الغاصب.

له: أنها هلكت عند المالك بسبب في ضمان الغاصب؛ لأن النفاس أثر الولادة، والولادة أثر العلق، فصار كما^(٩) جنت في يد الغاصب، ثم ردها إلى المولى^(١٠)، ودفعها المولى بالجناية^(١١).

-
- (١) في ز زيادة (إذ هلك قبل استيقاه الثمن يهلك بالثمن) وهي توضح لمعنى.
 - (١) من قوله (ولو غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له . . . إلى . . . نقل من التحريد) سقط من ش، ح، ز، ق، ط، أ وإثباتها أفضل لما فيها من زيادة تفصيل. (انظر المصادر السابقة).
 - (٣) في ق زيادة (الأمة) وهي توضح المراد أكثر.
 - (٤) في ش، ز، ق، ط (على) بدل (إلى) وتؤيدان إلى معنى واحد.
 - (٥) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٤٣٤.
 - (٦) في ط زيادة (ولكن لما) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
 - (٧) في ش، ق (فولدت) بدل (ولدت) والثانية أسبب للسباق.
 - (٨) في ز (له) بدل (به) والثانية أسبب للمعنى.
 - (٩) في ش، ز، ق، زيادة (لو) وهي تؤدي إلى استقامة العبارة.
 - (١٠) (إلى المولى) سقطت من ش، ز، ق، ط. وإثباتها أفضل للإيضاح.
 - (١١) في ز زيادة (كان له الرجوع على الغاصب بقيمتها، كذا هذا) وهذه الزيادة تعمل المعنى أكثر.

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١٣١٥ - قال (محمد): الدور والعقار تضمن بالنصب.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا تضمن^(١).

له: أن النصب إثبات اليد على مال الغير^(٢) على وجه يريل يد المالك، وهو سب الضمان في المنقول^(٣)، وقد وجد ههنا.

لهما: أن سبب الضمان إخراج العين، من أن تكون منتفقا بها^(٤) في حق المالك، وذلك بتفويت وصف القرب، أو بإزالة التركب، ولم يوجد إزالة التركب ههنا، والتبديد لا يتصور لما^(٥) عرف^(٦).

١٣١٦ - قال: (محمد): عين في يد رجل، فجاء رجل، وادعاه، وقال: إنك [غصبته]^(٧) مِنِّي^(٨)، أو قال: سرقتَه مِنِّي، فادَّعى ذو اليد أنه وديعة فلان عنده، وأقام البينة؛ لا تندفع [عنه]^(٩) الخصومة؛ لأنه خصم في دعوى الفعل عليه، فإن قال: غُصِبْتُ مِنِّي على مالم يُسَمِّ فاعله، ارتفع^(١٠) عنه

(١) قول أبي يوسف الأول مثل قول محمد: (انظر المبسوط ج ١١ ص ٧٣، والدائع ج ٩ ص ٤٤١٠، والبنية ج ٨ ص ٣٥١، وفتح القدير ج ٨ ص ٢٥٠، ٢٥١، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٤).

(٢) في ق، ط زيادة (بغير إذن) وهي تتم المعنى.

(٣) في ز (المغصوب) بدل (المنقول) والثانية أنسب؛ لأن مدار الكلام على الثابت والمنقول.

(٤) في ط (به) بدل (بها) والثانية أفضل لدلائلها على مؤنث وهو العين.

(٥) في ر، ط (وقد) وفي ح (كما) بدل (لما) وتؤدي إلى معنى واحد.

(٦) في ط زيادة (تمامه في طريقة الحلاف) وهذه الزيادة توضح مكان ورود هذا الحلاف. (انظر المختلف الورقة ١٥٤).

(٧) في الأصل (غصبتني) والمعنى لا يستقيم بهذا.

(٨) في ش، ح، ز، أ (غصبتني) والثانية أفضل لوضوحها.

(٩) في الأصل (عن) والمعنى لا يستقيم بها.

(١٠) في ش، ز (اندفع) وفي ط (تندفع) بدل (لترفع) والثانية أفضل لاشتغالها على ناه الناهث

الدعوى^(١) بإقامة البينة على إيداع الغير - بالإجماع - لأنه لم يَدْعُ فعله، ومن قال: سُرِقَ مني، على ما لم يُسَمَّ فاعله، القياس كذلك - وهو قول محمد ورفر - والاستحسان^(٢) لا تندفع وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف^(٣).

له: أنه لم يَدْعُ فعله، فصار كالأول.

لهما: أن هذا محمول على أن الشاهدين عَرَفَا^(٤) أن ذا اليد سرقه منه، لكنهما قالوا ذلك إخفاءً للسرقة، حملناه على ذلك إحياءً لحق المدعي، وتحقيقاً لإحفاء السرقة؛ لأنه مندوب^(٥).

الدالة على الدعوى.

(١) في ز (الخصومة) وفي ق (خصومة الدعوى) بدل (الدعوى) والمعنى واحد. وفي ر زيادة (بالإجماع) وهي زيادة مطلوبة لتوضيحها عدم الخلاف في هذا.

(٢) في ح، ز، ق، ط (وفي الاستحسان) بدل (والاستحسان) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(٣) انظر المبسوط ج ١١ ص ٨٩.

(٤) في ق زيادة (على) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٥) في ق، ط زيادة (إليه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول محمد، ولا قول لأبي يوسف فيه

١٣١٧ - قال (أبو حنيفة) : المشتري من الغاصب إذا أعتق العبد^(١) يقع موقوفاً،
إن أجاز المالك البيع ينفذ.

وقال محمد: يقع باطلاً^(٢). وقول أبي يوسف مضطرب^(٣).

له: قوله - ﷺ -: «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»^(٤).

لأبي حنيفة: أن الإعتاق صادم ملئاً موقوفاً: لوجود سبب الملك، وهو
الشراء، لما نذكره في بيع الفضولي، إلا أنه امتنع ثبوت الملك في حق سائر
الأحكام، دفعاً للضرر عن المالك^(٥)، ولا ضرر في ثبوت الملك في توقف
الإعتاق؛ فيثبت.

(١) في ش، ز، ح، ق، ط، أ زيادة (المُشْتَرَى) وهي توضح المعنى.

(٢) في ش، ز، ق، ط (يقع باطلاً عند محمد: وقال أبو حنيفة إذا أجاز المالك البيع ينفذ)
بدل (يقع موقوفاً إن أجاز المالك البيع ينفذ، وقال محمد: يقع باطلاً) والثابتة انفصل
لموقفها طريقة الكتاب.

(٣) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٤٠٨، والجامع الصغير ص ٣٨١.

(٤) رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، حديث رقم ٢١٩٠، ح ٢ ص
٢٥٨، والترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، حديث رقم ١١٨١،
ج ٣ ص ٤٧٧، وقال الترمذي حديث حسن صحيح. ورواه ابن ماجه، كتاب الطلاق،

باب لإطلاق قبل النكاح حديث رقم ٢٠٤٨، ح ١ ص ٦٦٠.

(٥) في ش، ز، (الضرر المالك) بدل (للضرر عن المالك) والمعنى واحد.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد، ولا قول أبي لآبي حنيفة فيه

١٣١٨ - قال (أبو يوسف) : إذا أتلّف الذمي خمر الذمي، ثم أسلم المُتَلَفُ، ييرا عن الضمان^(١)، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وقال^(٢) محمد: عليه^(٣) قيمة الخمر - وهو رواية عن أبي حنيفة^(٤).

لمحمد: أن سبب الضمان قد وجد ابتداء^(٥)؛ إلا أنه تعذر إيجاب الخمر؛ لأن من يجب عليه مسلم، فتجب عليه القيمة، كما لو أتلّف المسلم خمر الذمي ابتداءً.

لأبي يوسف: أن هذا الإِتْلَاف في الابتداء انعقد مُوجِبًا للخمر، لا للقيمة^(٦)، فلا يصير^(٧) مُوجِبًا للقيمة بعد ذلك، ولم يوجد منه سبب آخر، ولو أسلم صاحب الخمر بريء المُتَلَفُ؛ لأن الخمر لا قيمة له في حقه.

١٣١٩ - قال (أبو يوسف) : إذا شق زق^(٨) خمر مسلم، لا يضمن^(٩).
وقال محمد: يضمن^(١٠).

(١) في ش ز، ح، ق (ضمان الخمر) بدل (الضمان) والمعنى واحد.

(٢) في ش (وعن) بدل (وقال) والثانية أنسب للسياق.

(٣) في، ش، ق زيادة (لا ييرا وعليه) وهي زيادة تعطي تفصيلاً أكثر.

(٤) انظر النهاية ج ٨ ص ٤٢٥، والبداية ج ٩ ص ٤٤٦٠، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٣٥.

(٥) (ابتداء) سقطت من ش ز، ق، ط. وإثباتها أنفضل لزيادة الإيضاح.

(٦) في ش، ق (القيمة) بدل (للقيمة) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٧) في ط (يصير) بدل (يصير) والمعنى معهما واحد.

(٨) الزَّقُّ - بتشديد الزاء وكسرهما، السقاء، ويطلق غالباً على السقاء الذي تنقل فيه الحمر (لسان العرب ج ١ ص ١٤٣)

(٩) في ش زيادة (قيمة الرق) وهي توضح المعنى.

(١٠) انظر النهاية ج ٨ ص ٤٤٣، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٣٨، وذكر في التبيين قول أبي حنيفة مع محمد.

لمحمد: أنه مال مُتَقَوِّمٌ، إراقة الخمر بدونه ممكن.

لأبي يوسف: أنه من جملة الأمر بالمعروف، وهو من^(١) ضروراته، فصلا
تُكْتَبَرُ المعازف.

١٣٢٠ - قال (أبو يوسف): العبد^(٢) المنصوب إذا أتق عند^(٣) الغاصب فرثة رجل
على المالك من مسيرة سفر؛ لزمه الجعل، ولا يرجع به على الغاصب.
وقال محمد: يرجع^(٤).

لمحمد: أنه ضمان^(٥) لحقه بسبب وجد عند الغاصب، فيرجع عليه، كالدفع
بجناية وجدت من العبد^(٦) عند الغاصب.

لأبي يوسف: أنه بمنزلة الأجر على العمل، وليس بضمان، والعمل للمالك،
فالأجر^(٧) عليه.

١٣٢١ - قال: (أبو يوسف): إذا غصب دابة إنسان، ثم أقام البيعة صاحب الدابة
أنها تَعَقَّتْ عند الغاصب، وأقدم الغاصب بيعة^(٨) أنه ردها عليه.
قال في الأمالي: بيعة صاحب الدابة أولى.
وقال محمد: بيعة الغاصب أولى^(٩).

لمحمد: أن وجوب الضمان بالنصب ثبت ظاهراً، فكانت بيعة الغاصب
مزية لهذا الظاهر، فكان أولى.

لأبي يوسف: أن حاصل الاختلاف في الضمان، ونفيه، وبيعة المالك مثبتة، فكان
أولى. ولأننا نعمل بهما جميعاً، فيجوز كأنه رد^(١٠)، ثم غصب وهلك عنده.

-
- (١) في ق (ومن) وفي ط (وأنه من) بدل (وهو من) وتؤدي جميعها إلى معنى واحد.
- (٢) (العبد) سقط من ز ولا بتأثير المعنى بسقوطها.
- (٣) في ر (من يد) وفي ق (من) بدل (عند) والمعنى واحد.
- (٤) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٤٣٢، نبيين الحقائق ج ٣ ص ٣١٠.
- (٥) في ز (أن الضمان) بدل (أنه ضمان) والثانية أنسب للمعنى.
- (٦) (من العبد) سقطت من ق، وإثباتها أفضل لمعرفة من حدثت منه الجناية.
- (٧) في ط (فيجب الأجر) بدل (فالأجر) والمعنى معهما واحد.
- (٨) في ط (البيعة) بدل (بيعة) والمعنى معهما واحد.
- (٩) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٠١.
- (١٠) في ش، (رده) بدل (رد) والثانية أنسب للمعنى.

باب ما تفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١٣٢٢ - قال (أبو حنيفة): إذا غصب مثلياً، فهلك عنده، ثم انقطع جنسه عن أيدي الناس، فخاصمه المالك بعد مدة؛ فعليه قيمته يوم الخصومة.
وقال أبو يوسف: عليه قيمته يوم العصب.
وقال محمد^(١): يوم الانقطاع^(٢).
لمحمد. أن حقه إنما ينتقل إلى القيمة يوم الإنقطاع، فصار الآن كالذي لا مثل له.
لأبي يوسف: أن سبب وجوب القيمة هو الغصب، فيعتبر قيمته يوم العصب.
لأبي حنيفة: أن بعد الانقطاع، عود الجنس ممكن، فلا ينقطع حقه عن الجنس إلى القيمة، إلا بالقضاء، فيعتبر قيمته يوم القضاء^(٣).

(١) في ق زيادة (عليه قيمته) وهذه الزيادة فيها زيادة إيضاح للمعنى.

(٢) انظر المبسوط ج ١١ ص ٥٠، البدائع ج ٩ ص ٤٤٢٢، والبنية ج ٨ ص ٣٤٢، ٣٤٣، فتح القدير ج ٨ ص ٢٤٦، وتبين لمفاتيح ج ٥ ص ٢٢٣.

(٣) في ز، ط زيادة بعد هذه المائلة:

(باب ما قاله زفر)

قال (زفر): نقصان الولادة لا ينجر بالولد.
وعندنا: ينجر إذا كان به وفاء بقيمة النقصان
وصورة المسألة: إذا غصب جارية قيمتها ألف درهم فولدت في يده فصارت قيمتها تسعمائة، وقيمة الولد مائة، فدرهما على المالك، لا يحس عليه ضمان نقصان الحائرية عندنا؛ خلافاً لزفر.
له: أن النقصان حصل في ضمان الغاصب، ولو اتجر إنما ينجر بالولد، والولد مدث المالك، وملكه لا ينجر بملكه، وصار كما لو ماتت الجارية بالولادة، وقيمة الولد مثل

قيمة الجارية، أو مات الولد في يده، ورد الجارية
لأ: أن هذا نقصان تعين طريقاً لنفع مطلوب عادة، فلا يقابل بالضمن، قياساً على
زراعة الأب والرعي مال اليتيم، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الولد يقع مطلوب عادة من ملك
الأمهات خصوصاً في المواشي، والولد لا يحصل بدون الولادة، والولادة لا تعزى عن
النقصان عادة، وما هذا حاله لا يعد ضرراً، ونقصاناً عادة، فلا يقابل بالضمن. وقد عرف
تمامه في طريقة الخلاف. بخلاف موت الأم؛ لأنه لا يلزم الولادة عادة، وإذا مات الولد
لم يصل النفع إلى المالك، أما ههنا بخلافه.
لم تذكر هذه المسألة في الحصر.
انظر في تخريج المسألة البناية ج ٨ ص ٤١١، وفتح القدير ج ٨ ص ٢٧٧، والبدائع
ج ٩ ص ٤٤٣٧.

باب ما قاله الشافعي

١٣٢٣ - قال (الشافعي): زوائد الغصب - متصلة كانت أو منفصلة - مضمومة^(١).
وعندنا: أمانة^(٢).

له: أن الغصب سبب الضمان، كما في الأصل، وقد وجد في الزيادة؛ لأنه إثبات اليد على مال الغير، بغير إذنه، وقد وجد^(٣). ولأن المضمونية^(٤) صفة شرعة للأم، فيسرى إلى الولد، كسائر الأوصاف الشرعية.
لنا: أن سبب الضمان إخراج العين من أن تكون منتفعا بها^(٥) في حق المالك، ولم يوجد لوجهين هنا:
أحدهما: أن الزيادة ما كانت^(٦) منتفعا بها في حق المالك فلا يتصور إخراجها من أن تكون منتفعا بها في حقه^(٧).
والثاني: أن ذلك يثبت اليد المانعة، والعقل والدين يمنعه عن ذلك. إلا إذا^(٨) وجد دليل فوقه، كما في الأم، ولم يوجد ههنا، لما عرف^(٩).

(١) في ش زيادة (عنده) ولا فائدة لها.

(٢) انظر المبسوط ج ١١ ص ٥٤. والنهاية ج ٨ ص ٤٠٧. وفتح القدير ج ٨ ص ٢٧٤. وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٣٢. وانظر معني المحتاج ج ٢ ص ٢٩١، والمجموع ج ١٣ ص ٣٠٠.

(٣) في ق زيادة (في الريادة) ولا يتمير المعنى بهذه الزيادة.

(٤) في ح زيادة (للمضمونية) بدل (المضمونية) والثانية أنب للسياق.

(٥) في ش (به) بدل (بها) والثانية أنب للسياق.

(٦) في ط (كان) بدل (كانت) والثانية أنسب؛ لأن الريادة لفظ مؤنث.

(٧) في ر (حق المالك) بدل (حقه) والأولى توضح الثانية.

(٨) في ش (أنه) بدل (إذا) والثانية أنب للمعنى.

(٩) في ش، ز (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وفي ق (وتمامه عرف في المنقول) وفي ط (وتمامه عرف في طريقة الخلاف) بدل (لما عرف) انظر (مختلف الأصحاب) ثورقه (١٥٤).

١٣٢٤ - قال (الشافعي) : المنافع تضمن بالفضب والإتلاف، بأجر المثل.
وعندنا : لا تضمن^(١).

له : أنها مال متقوم، ولهذا تضمن بالعقود الجائزة والفاصلة^(٢)
فكانت^(٣) كالعين.

لنا : المدفع الحادثة في يد الغاصب حدثت على ملكه ؛ لأنها حدثت بكسه،
والمعنى^(٤) : مباشرته سبباً متعيّناً^(٥)، لحصوله في يده، وهو سبب الملك،
كنصب الشبكة. والإنسان لا يضمن بإتلاف ملك نفسه، لما عرف^(٦).

١٣٢٥ - قال : (الشافعي) : إذا غصب حنطة، وطحنها^(٧)، أو زرعها، لا ينقطع
حق المالك عنها^(٨).

وعندنا : ينقطع، وتصير ملكاً للغاصب بالضمان^(٩).

وعلى هذا : إذا ذبح شاة غيره وشواها - وعلى هذا : إذا غصب ساجة^(١٠).

-
- (١) انظر المبسوط ج ١١ ص ٧٨، والبدائع ج ٩ ص ٤٤٠٩، والمجموع ج ١٣ ص ٣١٠
ومغني المحتاج ج ٢ ص ٢٨٦، والبنية ج ٨ ص ٤١٨، وفتح القدير ج ٨ ص ٢٨١.
وصورة غصب المتاع وإتلافها : أن يغصب دابة فيركبها أو داراً فيسكنها.
- (٢) في ز، ق زيادة (جميعاً) وهذه الزيادة تؤكد المعنى.
- (٣) في ش، ز، ط (فصارت) وفي ق (فصار) بدل (فكانت) والأولى والأخيرة تؤيدان إلى
المعنى المراد.
- (٤) في أ زيادة (به) ولا أثر لها.
- (٥) في ش، ز، ق، ط (مباشرة سبب متعين) بدل (مباشرة سبباً متعيّناً) وتؤيدان إلى المعنى
المراد.
- (٦) في ق، ط زيادة (في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة تبين مكان ورود الخلاف.
- (٧) في ش (فطحنها) بدل (وطحنها) والمعنى معهما واحد.
- (٨) في ز، ط زيادة (عنده) ولا فائدة لهذه الزيادة.
- (٩) وروي عن أبي يوسف أنه قال : لا ينقطع، مثل قول الشافعي : انظر النية ج ٨ ص ٣٦٧،
وتبيين الحقائق ج ٨ ص ٢٢٦، والبدائع ج ٩ ص ٤٤١٦. وفتح القدير ج ٨ ص ٢٥٩.
- (١٠) ومغني المحتاج ج ٢ ص ٢٨٩، ٢٩٣، والمجموع ج ١٣ ص ٣٢٠.
- (١٠) الساحة بفتح الحيم خشبة عظيمة، وقيل خشبة منحوتة مهيأة للأساس وقيل : أنها خشبة
صلبة قوية تجلب من بلاد الهند، ثم تعمل منها الأبواب. (انظر البنية ج ٨ ص ٣٧٨)

وأدخلها في بناية. وعلى هذا إذا غصب ثالة^(١)، فغرسها^(٢).

له: أن عين ماله قائم؛ لأن الدقيق أجزاء الحنطة والحنطة ملكه، والساجة عينها ملكه، ولحم الشاة عينها كان في الشاة، وهي ملك. وقد^(٣) قال - رحمه الله -: «من وجد عين ماله، فهو أحق به»^(٤).

لنا: أنه استهلك مالية الحنطة، واكتسب مالية الدقيق، فيزول حق المالك؛ لأنها كانت في الحنطة [بوصف]^(٥) المالية^(٦)، ويثبت ملك الغاصب في الدقيق، لأنه حدث بكسبه، والكسب سبب الملك، وأما في الشاة، والساجة فالمالية الحادثة بالشيء^(٧) وبالتركيب؛ حاصل بكسبه، وذات اللحم، والساجة ملك المالك، فلا بد من انقطاع حق أحدهما، صيانة للآخر^(٨)، وقطع حق المالك أولى؛ لأنه بعوض - وهو الضمان - وقطع حق الغائب لا بعوض، وتحمل أدنى الضررين أولى، لما عرف^(٩).

١٣٢٦ - قال (الشافعي): المضمونات لا تملك بالغصب، وأداء الضمان.

وصحح المعنى القول الأخير.

- (١) هي قبيلة النخل. (لسان العرب ج ١ ص ٨١).
 - (٢) في ش، ز (وغرسها) بدل (فغرسها) والمعنى واحد.
 - (٣) (وقد) سقطت من ش، ز، ولا يتغير المعنى بسقوطها.
 - (٤) روه النسائي، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق، عن سمرة بن جندب قال: قال - رحمه الله -: «الرجل أحق بمعين ماله إذا وجدته، ويتبع البائع من ياعه» حديث رقم ٤٦٨٢، ج ٧ ص ٣١٤، والبيهقي عن سمرة بن جندب أيضًا مرفوعًا بلفظ: «من وجد ماله عند رجل فهو أحق به، يتبع البائع من ياعه» كتاب الغصب، باب من غصب جارية فباعها، ثم جاء رب الجارية، ج ٦ ص ١٠١.
 - (٥) في الأصل (وصف) والمعنى لا يستقيم بها.
 - (٦) في ط زيادة (وقد زالت) وهي تزيد المعنى وضوحًا.
 - (٧) في ط (بالبناء) بدل (بالشيء) والثانية أنسب للمعنى.
 - (٨) في ط (عن الآخر) بدل (لآخر) والثانية أنسب للمعنى.
 - (٩) في ز، ش، ق (وقد عرف بتمامه في طريقة الحلاف).
- وفي ح، أ (وقد عرف) وفي ط (وتمامه عرف في طريقة الحلاف) بدل (لما عرف) والأولى والثانية أفصل لبيانها مكان الورد.

وعندنا: نملك بالغصب، وعند^(١) أداء الضمان بالقضاء و^(٢) بالتراضي^(٣).
له: أن العصب عدوان محض، والملك نعمة، فلا يصلح سآ له.
لنا: أن القول بثبوت ملك المالك في^(٤) الضمان، وثبوت^(٥) ملك الغاصب
في المضمون^(٦)، دفع الضرر من الجابين، فيجب المصير إليه، بيانه أن
العاصب أضر بالمالك بتفويت منافع ملكه^(٧)، فيجب دفعه بملك الضمان،
وإذا ملك الضمان فقد تضرر به الغاصب، فيجب إثبات ملكه في المضمون،
دفعاً للضرر عنه، وقد عرف في الخلاف.
١٣٢٧ - قال (الشافعي): من غصب^(٨) من آخر طعاماً، فأطعم^(٩) صاحبه حتى أكله،
وهو لا يعلم، أو كان ثوباً، فكساه حتى تخرق؛ لا يبرأ الغاصب عن الضمان.
وعندنا: يبرأ^(١٠).
له: أنه ضمن بالغصب، فلا يبرأ إلا بأداء الضمان، أو بالإبراء^(١١) ولم يوجد.
لنا: أنه ارتفع سبب الضمان، وانفسخ، فسقط^(١٢) الضمان، كما إذا رد.
١٣٢٨ - قال: (الشافعي): المسلم إذا أتلف خمر اللمي، أو اللمي أتلف خمره،
أو خنزيره - لا يضمن.

-
- (١) في ش، ز، ق، ط، أ (عند) بدل (وعند) والمعنى معهما واحد.
(٢) في ز، ح، أ، ط (أو) بدل (و) والأولى أنسب للمعنى.
(٣) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٤٢٥، والمبسوط ج ١١ ص ٥٢، وانظر مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٨٣.
(٤) في ق زيادة (في حق) ولا أثر لها.
(٥) في ش، ر (وثبوت) بدل (وثبوت) والثانية أنسب للسباق.
(٦) في ز (المفصوب) بدل (المضمون) والثانية أنسب للمعنى.
(٧) في ق زيادة (في المضمون) وهي توضيح المعنى.
(٨) في ش (رجل غصب) بدل (من غصب) والمعنى واحد.
(٩) في ش، ز، ق، ط (فأطعمه) بدل (فأطعم) والثانية أنسب للمعنى.
(١٠) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٤٢٠، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٢٨٠، والمجموع ج ١٣ ص ٣٢٢.
(١١) في الأصل (لإبراء) والمعنى لا يستقيم بها.
(١٢) في ش، ح، ز، ق، ط، أ (فيسقط) بدل (نسقط) والأولى أنسب للمعنى والسباق.

وعندنا: يضمن المسلم قيمة الخمر، والذمي مثله، وقيمة الحنزير^(١)
له: أن الخمر ليس بمال متقوم أصلاً، لقوله - ﷺ -: «حرمت الخمر
لعينها»^(٢) ولأنه ليس بمتقوم^(٣) في حق المسلم، فكذا في حق الذمي، لقوله
- ﷺ -: «لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»^(٤).
لنا: أن الخمر مال متقوم في حق الذمي، لأنه متف به حقيقة. وهذا يقتضي
إطلاق الانتفاع به شرعاً، تمكيناً من إقامة المصلحة، إلا أن الشرع أبطل هذه
الحالة في حق المسلم كرامة له. والذمي لا يساويه^(٥) في استحقاق الكرامة،
فبقي في حقه^(٦)، وأما الحديث معناه، حرمت الخمر في حق من حرمت
عليه^(٧) لعينها^(٨) والحديث الثاني، المراد منه: العصمة، دون [غيرها]^(٩) من
الأحكام^(١٠).

-
- (١) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٤٦٠، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٢٨٥، والمجموع ج ١٣ ص ٣٣٤، والبنية ج ٨ ص: ٤٢٢، وما بعدها، وفتح القدير ج ٨ ص ٢٨٥.
(٢) رواه النسائي بلفظ: «حرمت الخمر بعينها، قليلها وكثيرها...» رواه ابن عباس مرفوعاً، كتاب الأشربة، باب ذكر الأخبار الذي اعتل بها من أباح شراب السكر، حديث رقم ٥٦٨٤، ٥٦٨٥، ج ٨ ص ٣٢١، ورواه البيهقي، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما يحتج به من رخص في السكر إذا لم يشرب منه ما يسكره والجواب عنه. بلفظ النسائي، وقال في الجوهر النقي: قال ابن حزم، صحيح. ج ٨ ص ٢٩٧.
(٣) في ش (بمدل متقوم): بدل (بمتقوم) والمعنى واحد.
(٤) رواه النسائي كتاب تحريم الدم، حديث رقم ٣٩٦٨ بلفظ: «له ما للمسلمين، وعليه ما على المسلمين» ج ٧ ص ٧٦، والإمام أحمد في مسنده، بلفظ النسائي، ج ٣ ص ١٩٩، ولكن الاستدلال بهذا الحديث في غير محله، لأنه ورد في المسلم إذا شهد أن لا إله إلا الله، واستقبل القبلة، وأكل من ذبيحة المسلمين.
(٥) في ز (لا يساوي المسلم) بدل (لا يساويه) والأولى أوضح من الثانية. وفي ق، ر، ط زيادة (في حق استحقاق) ولا تؤثر في تعبير المعنى.
(٦) في ش، ز، ق، ط زيادة (مالاً) وهي تفصل أكثر.
(٧) عليه) سقطت من ط، ق، ز، والإثبات أصل لإيضاح المعنى.
(٨) في ط زيادة (يعني المسلم) وهي توضح المعنى.
(٩) في الأصل (غير) ولا يستقيم المعنى بها.
(١٠) في ط زيادة (وتماه عرف في طريقة الخلاف) وهذه المريادة توحيح مكان ورود الخلاف

باب جوابات مالك

- ١٣٢٩ - قال (مالك) : إذا غصب حيواناً، أو ثوباً، أو شيئاً لا مثل له من جنسه،
 بضمن مثله صورة^(١) من جنسه،
 وعندنا: بضمن قيمته^(٢).
- له: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَغْنَىٰ عَنْكُمْ * فَأَعْتَدُوا لَهُمْ بِمِثْلِ مَا آغْنَىٰ عَنْهُمْ﴾^(٣)
 وذلك فيما قلناه، وقال - رحمه الله -: «من كسر عَصاً فعليه مثلها»^(٤).
- لنا: أن القيمة هي المثل المدل، فيما لا مثل له؛ فيجب المصير إليه دفعا
 للضرر، وجبراً للفات^(٥).
- أما المثل صورة لا بمائل في وصف المالية، وأما الحديث: قلنا: روي في
 رواية: «فعليه [قيمتها]»^(٦) أو نقول: المراد منه القيمة^(٧).

- (١) يعني شيئاً من جنسه. (تعليق على هامش نسخة ح الورقة ١٣٢).
- (٢) انظر المبسوط، ج ١١ ص ٥١. والنهاية ج ٨ ص ٣٤٥، وفتح القدير ج ٨ ص ٢٤٨.
- وتبين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٣، والصحيح عند المالكية أنه لو غصب حيواناً، أو ثوباً، أو
 عرساً، مما لا يكال ولا يوزن عليه قيمته. (المدونة ج ٥ ص ٣٥٣، والكافي لاس
 عبد البر ج ٢ ص ٨٤٢، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨٨).
- (٣) سورة البقرة: ١٩٤.
- (٤) لم أجده. ورواه في المبسوط عن ابن سيرين عن شريح قال: من كسر عصاً فهي له وعليه
 مثلها. وعن الحكم عن شريح قال: من كسر عصاً فهي له وعليه قيمتها. وأورد صاحب
 فتح القدير، وصاحب التبيين هذا عن شريح أيضاً. (المصادر السابقة).
- (٥) في ش (وجبر الفات) بدل (وجبراً للفات) والثانية أنسب للسباق.
- (٦) في الأصل، ح، ق (فعليه قيمته) والصحيح ما أثبتناه، لأن المراد مؤنث، والمفط هنا بدل
 على المذكور، وهي لم توافق رواية ابن سيرين، ولا رواية الحكم عن شريح كما بناء في
 الفقرة قبل السابقة.
- (٧) في ش، ق، زيادة (لما مر) وفي ط زيادة (على ما مر) والمراد بها: ما مر في أول رد
 الحنفية من أن القيمة هي المثل المدل فيما لا مثل له.

كتاب الوديعة

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٣٣٠ - قال (أبو حنيفة) : المودع إذا سافر بمال الوديعة^(١) في طريق آمن^(٢)، لا يضمن أصلاً، إلا إذا كان نهاه عن ذلك^(٣).

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان له حمل، ومؤنة^(٤)، يضمن^(٥).

لهما: أنه غير راض دلالة؛ لما يلحقه من المؤنة، فصار كما لو نهاه.

له: أنه أمره بالحفظ مطلقاً، وقد أتى به^(٦). وما ذكرنا^(٧) من المؤنة فهو من ضرورات حفظ ماله، فلا يأباه.

١٣٣١ - قال: (أبو حنيفة) : إذا أودع^(٨) عند رجلين شيئاً مما يقسم قسماء^(٩) للحفظ، ثم وضع أحدهما ما في يده في يد شريكه - ضمن، ولا يضمن القابض؛ لأنه مؤدع المؤدع، وهو غير ضامن عنده.
وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن^(١٠).

(١) في ق، ط (بالوديعة) بدل (بمال الوديعة) والمعنى واحد.

(٢) في ش، ق، زيادة (يهلك) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٣) في ش، ز، ق، ط (عنه) بدل (عن ذلك) والمعنى واحد. وفي ق زيادة (أو كان الطريق مخوفاً) ولا معنى لهذه الزيادة؛ لأن الطريق إذا لم يكن آمناً فهو مخوف.

(٤) في ز، ط (لحملة مؤنة) بدل (له حمل ومؤنة) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(٥) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٢٢، والبدائع ج ٨ ص ٣٨٨٥ والبنية ج ٧ ص ٧٤٨، ٧٤٩، وفتح القدير ج ٧ ص ٤٥٧، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٧٩.

(٦) في ش زيادة (مطلقاً) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٧) في ش، ق (ذكراً) بدل (ذكراً) والثانية أنسب لدلالاتها على المعنى وهما أبو يوسف ومحمد.

(٨) في ق زيادة (رجل) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٩) في ش ح، ز، ق، ط، أ (فالقسماء) بدل (قسماء) والمعنى واحد.

(١٠) في ح، ز، ق، أ، (لا يضمنان) بدل (لا يضمن) والأولى أفضل؛ لأن مدار الحديث على الرجلين.

لهما: أنه لما أودع عندهما، مع علمه أنه لا يمكنهما الاجتماع على حفظ
في مكان واحد، فقد رضي بالمهاياة^(١)، والقسمة^(٢).

له: أنه ترك الحفظ بالوضع في يد صاحبه، وما ذكرنا من الرضا، قلنا:
المصرح به حفظهما، فأما المهاياة، والقسمة فضرورة^(٣)، والضرورة تندفع
بالقسمة فيما يقسم^(٤)، والمهاياة^(٥) فيما لا يقسم، فلا يجوز الوضع^(٦).

١٣٣٢ - قال: (أبو حنيفة): رجلان أودعا عند رجل ودعة، فغاب أحدهما، فطلب
الحاضر حصته؛ لم يعطه، ولو فعل^(٧) ضمن نصفه.
وقال أبو يوسف ومحمد: له ذلك، ولا يضمن^(٨).

لهما: أنه طلب نصيبه، فيجب دفعه إليه، فلا يضمن، كما لو حضر^(٩).

انظر الجامع الصغير ص ٣٤٣، والبنية ج ٧ ص ٧٥٥، ٧٥٦، وفتح القدير ج ٧ ص
٤٦٠، تبين الحقائق ج ٥ ص ٨٠، والدائع ج ٥ ص ٣٨٨٥، وإذا كانت الدفعة مما لا
يحتمل القسمة فلكل واحد منهما أن يسلم الكل إلى صاحبه، وإذا فعل فضاقت، لا ضمان
عليه بالإجماع. (المصادر السابقة).

(١) المهاياة مبادلة المنفعة بجنسها، كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً
عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته، أو هي قسمة المنافع على التناوب. كالشركة
في البئر يكون لأحدهما شرب يوم، وللآخر شرب يوم. (انظر المبسوط ج ٢٠ ص ١٧٠
والتريعات الفقهية ص ٥١٦).

(٢) في ق زيادة (في الحفظ) وهي توضيح المعنى.

(٣) في ش، ز، ق، ط (فرضوري) وفي ح (فضرورية) بدل (فضرورة) والثانية والثالثة تؤيدان
إلى المعنى.

(٤) في ش، زيادة (فلا تجوز المهاياة) وهو توضيح الحكم فيما إذا كان بالإمكان القسمة، وفي
ق زيادة (ولصحيح أو الخلاف فيما إذا كان من دوات الأمثال فلا تجوز المهاياة) والمعنى
واضح بدونها.

(٥) في ز، ق، ط (وبالمهاياة) بدل (والمهاياة) والأولى أنسب للسياق.

(٦) في ش، ز، ق، ط (القسمة) بدل (الوضع) والثانية أنسب للسياق، لأنه قال: أترك الحفظ
بالوضع في يد صاحبه.

(٧) في ق زيادة (ذلك) وهي توضيح المعنى.

(٨) انظر الجامع الصغير ص ٣٥٣، والمبسوط ج ١١ ص ١٢٣، والبنية ج ٧ ص ٧٥٢،
وفتح القدير ج ٧ ص ٤٥٨، ٤٥٩، وتبين الحقائق ج ٥ ص ٨٠.

(٩) أي (حضر المودعان).



له : أنه مأمور بالحفظ ، لا بالقسمة ، وفي إعطاء نصيبه قسمة ، فهذا فعل^(١)
بغير إذنه^(٢) يضمن .

١٣٣٣ - قال : (أبو حنيفة) : المودع إذا أودع الوديعة عند آخر ، فهلك عند الثاني ،
ضمن الأول ، دون الثاني .

وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن الثاني أيضًا^(٣) .

لهما : أنه قبض مال غيره بغير إذنه ؛ فيضمن .

له : أنه الوضع في يد الثاني ليس للضمان على الثاني ، بدليل أنه لو هلك
قبل غيبة الأول لا يضمن ، فلما غاب ، فقد ترك الأول الحفظ ، فيضمن به ،
ولم يوجد من الثاني بعد ذلك فعل فلا يضمن .

(١) في ق زيادة (ذلك) وهذه الزيادة توضح المعنى .

(٢) في ش ، ز ، ق ، ط (إذن) بدل (إذنه) والمعنى واحد .

(٣) انظر الجامع الصغير ص ٣٥٣ ، والبناء ج ٧ ص ٧٥٩ ، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٨١ ،
وفتح القدير ج ٧ ص ٤٦١ ، والمبسوط ج ١١ ص ١٣٢ ، والبدائع ج ٨ ص ٢٨٨٣ .

باب قول أبي يوسف على خلاف صاحبيه

١٣٣٤ - قال: (أبو يوسف): إذا أودع عند صبي محجور عليه مالا^(١)، أو عند عبد محجور عليه مالا، فاستهلكه؛ يضمنان للحال - وهو قول الشافعي.
وقال أبو حنيفة ومحمد: لا ضمان على الصبي أصلاً، والعبد يضمن بعد العتق^(٢).
له: أن الإيداع - إن صح - يضمن^(٣) بترك الحفظ^(٤)، وإذا^(٥) لم يصح^(٦)، فصار^(٧) كما لو استهلك قبل الإيداع^(٨).
لهما: أن الصبي أنف مالا^(٩) تالفاً^(١٠) في حق المالك، بإتلافه من وجه؛ لأنه لما وصح المال في يد الصبي صار معجوز^(١١) الانتفاع في حقه؛ لأن يده يد مائة؛ لوجود الداعي إلى المنع، وعدم الصارف، وإتلاف مال هـ. حاله لا يوجب الضمان، رعاية للمالية^(١٢). وقد عرف^(١٣).

-
- (١) في ط (وديعة) بدل (مالاً) والمعنى واحد.
(٢) انظر المبسوط ج ١١ ص ١١٨، ١١٩، والدائع ج ٨ ص ٣٨٨١، ٣٨٨٢.
(٣) في ز (ضمن) بدل (يضمن) والثانية أنسب للسياق.
(٤) في ط زيادة (قياساً على سائر المودعين) وهذه الريادة تعطي المعنى وضوحاً أكثر.
(٥) في ز، ق، ط (وإن) بدل (وإذا) والمعنى معهما واحد.
(٦) في ق زيادة (يضمن بالاستهلاك) وهي تزيد المعنى وضوحاً وتؤدي إلى استقامته.
(٧) في ح (صار) بدل (فصار) والأولى أنسب للسياق بدون الزيادة في الفقرة السابقة. وأما مع الزيادة فالثانية أنسب.
(٨) في ز زيادة (والجامع بينهما دفع الضرر عن المالك). وهذه الزيادة توضح المعنى أكثر.
(٩) في ق زيادة (ناقضاً) ولا أثر لها في تغيير المعنى.
(١٠) في ط (ناقضاً) بدل (تالفاً) وتؤديان إلى معنى واحد.
(١١) في ز (محجور) بدل (معجوز) والثانية أنسب للمعنى.
(١٢) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (لسمائله) بدل (للمالكة) والأولى أنسب للمعنى إذا انفصود أن هذا مثل ماله هو، فإنه يجمع عنه، فيكون هذا مثله.
(١٣) قوله (وقد عرف) سقط من ط، ق. والإثبات أفضل لمعرفة مكان ورود الخلاف (انظر الورقة ١٥٥ من مختلف الأصحاب).

١٣٣٥ - قال (أبو يوسف) : المودع إذا تصرف في الوديعة، وبيع، فهو له، ويطيب له.
وعند أبي حنيفة ومحمد: لا يطيب^(١).
له: أن المنهي بيع مالم يضمن، وهذا بيع ما قد ضمن.
لهما: أن عدم الملك في إفادة الخبث، فوق عدم الضمان، وقد عدم الملك.

(١) في ط، ز زيادة (له) وفي ق (له ويتصدق) وهاتان الزيادتان توضحان المعنى أكثر. انظر
اللمعة ج ٨ ص ٣٦٣، وفتح القدير ج ٨ ص ٢٥٧ وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٤،
والمبسوط ج ١١ ص ١١١، ١١٢.

باب ما تفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١٣٣٦ - قال (أبو حنيفة في الجامع الكبير): رجل أودع عبداً محجوراً^(١) عليه ودبعة، فدفعت العبد إلى عبد محجور عليه آخر^(٢) فهلك^(٣) عند الثاني، ليس له أن يُضْمَنَ الأول ما لم يعتق، [وله أن يُضْمَنَ^(٤) الثاني للحال^(٥)].
وقال محمد: لا يُضْمَنُ الأول^(٦) ما لم يعتق - كما قال أبو حنيفة - ولا يضمن الثاني^(٧)، ما لم يعتق واحد منهما^(٨).
فأبويوسف: مر على أصله أن المحجور يضمن بالإتلاف للحال^(٩). والدفع للثاني إتلاف من الأول. ومحمد يقول: الأول محجور مؤدع، وضمانه بعد

-
- (١) في ز، ق (عند عبد محجور) بدل (عبداً محجوراً) والمعنى معهما واحد.
(٢) في ز (لآخر) بدل (آخر) والثانية أنسب للسياق. وفي أ، ح زيادة (فاستهلك) ولا معنى لهذه الزيادة.
(٣) في ز (فهلك) بدل (فهلك) والأولى أفضل لدلالاتها على مؤنث وهو الدبعة.
(٤) في ش، ق (وليس له أن يضمن) وفي ز (ولا يضمن) بدل (وله أن يضمن) والصحيح الأولى والثانية، لأن من رأي أبي حنيفة ليس لرب المال أن يضمن الثاني؛ عتق أو لم يعتق، ولكنه يُضْمَنُ الأول إذا عتق. (انظر الجامع الكبير ص ٢٠٦).
(٥) وأصله أن عند أبي حنيفة أن من أودع رجلاً ودبعة فأودعها المودع رجلاً آخر، فله أن يُضْمَنَ الأول، وليس له أن يُضْمَنَ الآخر. وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يُضْمَنَ أيهما شاء. وإذا ضَمَّنَ الآخر رجع على الأول. (انظر الجامع الصغير ص ٣٥٣، والساجدة ص ٧٥٩).
(٦) سقط من بين القوسين من الأصل، وهو وهم من النسخ حيث اشبهت عليه نعت (ما لم يعتق) الأولى بالثانية.
(٧) في ر، ح، ق، ط، أ، زيادة (أيضاً) وهي تؤكد المعنى.
(٨) (واحد منهما) سقطت من ق والإثبات أفضل؛ لأن المعنى يكتمل بها.
(٩) انظر المسألة ١٣٣٤.

العتق عنده، وكذلك الثاني: إن ضِغته^(١) للحال يرجع به إلى^(٢) الأول، لأنه استعمله فيصير ذلك تضمين المودع قبل العتق، وهو لا يقول به وأبو حنيفة يقول: الأول مودع محجور عليه^(٣) كما ذكرنا. أما الثاني: له^(٤) يسلطه المالك، ولم يرض يقبضه، فكان ضامناً^(٥) بفعله، وهو يؤاخذ بأعماله في الحال^(٦).

١٣٣٧ - قال (أبو حنيفة): فلو^(٧) أودع الثاني عند ثالث فهلك في يده، فعند أبي حنيفة لا ضمان على الأول، ما لم يعتق؛ لما مر. ويضمن الثاني للحال؛ لأنه استهلك^(٨) بالدفع إلى الثالث. ولا ضمان على الثالث؛ لأنه مودع المودع، وقد هلك في يده، وعند أبي يوسف: له أن يُضَمَّنَ أيهم شاء في الحال. أما الأول والثاني؛ لما مر^(٩). والثالث^(١٠)؛ لأنه قبض مال غيره^(١١) بغير^(١٢) إذنه وعند محمد: لا ضمان على الأول ما لم يعتق؛ لما مر، وهو بالخيار: إن شاء ضمن الثاني، وإن شاء ضمن الثالث بفعلهما^(١٣)، من غير تسليط المالك^(١٤).

-
- (١) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (لأنه لو ضِغته) بدل (إن ضِغته) والأولى أسب للمعنى هنا.
 - (٢) في ش، ز، ح، ق، ط (على) بدل (إلى) والأولى أنسب للمعنى هنا.
 - (٣) قوله (محجور عليه) سقط من ش، ز، ق، ط. وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.
 - (٤) في ش، ق زيادة (فهو مودع المودع)، وهو غير ضامن أصلاً إذا هلك في يده ولم يسلطه ... وفيها زيادة تفصيل وإيضاح.
 - (٥) في ش (مضموناً) بدل (ضامناً) والثانية أفضل للسياق، إذ المراد: كان الثاني ضامناً.
 - (٦) من قوله (لم يسلطه) ... إلى ... في الحال) سقط من ز، والمعنى لا يتم بدونه.
 - (٧) في ش ز (ولو) وفي ق (إذا) بدل (فلو) وتؤدي إلى معنى واحد.
 - (٨) في ز، ق (استهلكه) بدل (استهلك) والمعنى معهما واحد.
 - (٩) في ز (لما ذكرنا) بدل (لما مر) والمعنى معهما واحد. والمراد في المسألة السابقة.
 - (١٠) في ق، ط (وأما الثالث) بدل (والثالث) وتؤديان إلى المعنى المراد.
 - (١١) في ش، ز (ماله) بدل (مال غيره) والثانية أسب للمعنى.
 - (١٢) في ق (ماله بغير) بدل (مال غيره بغير) والثانية أسلم في التركيب.
 - (١٣) في ح، ط، ق زيادة (للحال بفعلهما) وفي ز زيادة (بفعلهما للحال) وهي زيادة توضح المعنى. وفي ق (لفعلهما) بدل (بفعلهما) والمعنى واحد.
 - (١٤) انظر الجامع الكبير ص ٢٠٧.

باب ما قاله زفر خلافا لعلمائنا الثلاثة

١٣٣٨. قال (زفر): إذا قال أجنبي للمؤدع: أعندك ودیعة لفلان^(١)؟ فقال: لا؛

ضمن.

وعندنا^(٢): لا يضمن^(٣).

له: أنه جحد الودیعة^(٤)، فیضمن كما لو كان المالك حاضرا، أو بالاستهلاك^(٥) عند غيبته.

لنا: أن جحد الودیعة عند الأجنبي من تمام^(٦) الحفظ؛ لأنه ربما يخاف على الودیعة من جهته، فلا يكون سببا للضمان، بخلاف حال حضرة المالك.

(١) (الفلان) سقطت من ح، ز، ش، أ. ولا يتغير المعنى بسقوطها. وفي ق (فلان) بدل

(الفلان) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ش (وقال أصحابنا) بدل (وعندنا) والثانية أفضل لموافقتها طريقة الكتاب.

(٣) انظر البناية ج ٧ ص ٧٤٧، والمدائع ج ٨ ص ٣٨٩٤، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٧٩، والمبسوط ج ١١ ص ١١٧.

(٤) في ش زيادة (عد الأجنبي) ولا أثر لها.

(٥) في ش، ز، ح، ق (كالاستهلاك) بدل (بالاستهلاك) والأولى أنسب للسياق، وفي = (وكان الاستهلاك) بدل (أو بالاستهلاك) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) في ز، ط (من باب) بدل (من تمام) وتؤيدان إلى المعنى المراد.



باب ما قاله الشافعي خلافا لعلمائنا

١٣٣٩ - قال (الشافعي): إذا سافر^(١) بـمال الوديعة^(٢)؛ ضمن كيفما كان. وبين علمائنا الثلاثة^(٣)، خلاف من وجه آخر، ذكرناه^(٤).

له: أنه^(٥) عَرَضَ المال على الهلاك، والتلف^(٦)؛ لأن المفازة مهلكة، قال - ﷺ -: «المسافر هو وماله لعلى قَلَّتْ^(٧) إلا ما وقاه الله تعالى»

لنا: ما مر في باب أبي حنيفة: والحديث كان في بدء^(٨) الإسلام، ثم أظهر^(٩) الأمن بعده^(١٠).

١٣٤٠ - قال (الشافعي): المودع إذا خالف في الوديعة، ثم عاد إلى الوفاق، لا يبرأ عن الضمان.
وعندنا: يبرأ^(١١).

(١) مي ز، ح، ق، أ، ط زيادة (المودع إذا سافر). وفي ش زيادة (إذا سافر المودع) والمعنى يرداد وضوحه بهذه الزيادة.

(٢) مي ط (بالوديعة) بدل (بمال الوديعة) والمعنى معهما واحد.

(٣) (الثلاثة) سقطت من ش، ز، ق، ط، والأفضل إثباتها لبيان أن الخلاف بين الثلاثة الأصحاب.

(٤) في ش زيادة (ذكرناه قبل هذا) ولا تؤثر في تغيير المعنى. انظر المسألة (١٣٣٠) ومعنى المحتاج ج ٣ ص ٨٣.

(٥) في ط زيادة (بالسفر) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٦) في ش، ز، ق، ط (للتلف) بدل (على الهلاك والتلف) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ق، (المسافر وماله على قلت) بدل (المسافر هو وماله لعلى قلت). والحديث لم أحد من ذكره إلا صاحب المبسوط ج ١١، ص ١٢٢، ولفظه: «المسافر وماله على قلت إلا ما وقى الله تعالى» والقلت بفتح اللام: الهلاك. (هامش ز، ح)، قال ابن منظور وقال أعرابي: إن المسافر ومناحه لعلى قلت إلا ما وقى الله. (لسان العرب ج ٢، ص ٧٢).

(٨) في ش، ز، ق (ابتداء) بدل (بدء) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (ظهر) بدل (أظهر) والأولى أنسب للمعنى.

(١٠) (بعده) سقطت من ش، ز، ق، ط. ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(١١) في ش زيادة (عن الضمان) وهي توضح المعنى. انظر البناية ج ٧ ص ٧٤٣. وفتح القدير

له: أنه صار غاصبًا بالخلاف، فصار كما لو جحد.
لنا: أن الضمان وجب دفعًا للضرر^(١) الواقع بإعجاز المالك، وقد ارتفع
الإعجاز [بالعود إلى الوفاق]^(٢) وقد عرف.

ج ٧ ص ٤٥٦. ومنني المحتاج ج ٣ ص ٨٦، وحاشية الشرفاري ج ٢ ص ٩٨ والبدائع
ج ٨ ص ٣٨٩٢، والمبسوط ج ١١ ص ١١٤.

(١) في ط (الدفع الضرر) بدل (دفعًا للضرر) والمعنى معهما واحد.
(٢) سقط ما بين القوسين من الأصل، ز، ط. وإثباته أفضل لاكتمال المعنى.

باب جوابات مالك

١٣٤١ - قال (مالك): إذا سُرقت (١) الوديعة، ولم يُسرق معها مال آخر للمؤذع (٢)، لا يَصَدَّق (٣)، وإن سُرِقَ معه مال آخر (٤) لا يضمن (٥).
وعندنا: لا يضمن أصلاً (٦).

له: أنه متهم باعتبار الظاهر، وقول المتهم غير مقبول.
لنا: أنه أمين ادعى الخروج عن عهدة الأمانة (٧) فكان القول قوله، كما لو ادعى الرد.

١٣٤٢ - قال (مالك): المؤذع إذا رَفَعَ بعض الوديعة، وأنفقه، ثم هلك الباقي؛ ضمن الكل.
وعندنا: لا يضمن الباقي (٨).

-
- (١) في ق (سرق) بدل (سُرقت) والثانية أنسب لدالتها على مؤث وهو الوديعة.
(٢) (المؤذع) سقطت من ز، وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.
(٣) في ش، ح، ق، أ زيادة (ويضمن) وهذه الزيادة تتم المعنى، وفي ز (لا يضمن) وفي ط (يضمن) بدل (لا يصدق) والثانية والثالثة تؤيدان إلى المعنى المراد وهو وجوب الضمان، أما الأولى فتعكس المعنى وهو عدم الضمان.
(٤) في ش (لمال الآخر) بدل (مال آخر) والثانية أسب للسياق.
(٥) قوله (وإن سرق معه مال آخر لا يضمن) سقط من ط، ز وإثباتها أفضل لزيادة التصيل. انظر البناية ج ٧ ص ٧٣٣، وحاشية الشلبي على تبين الحقائق ج ٥ ص ٧٧. وذكر في المدونة أنه لو قال: سُرقت مني الوديعة؛ يصدق في ذلك من غير فصل بين أن يسرق معه مال آخر أم لا. (ج ٦ ص ١٤٨).

- (٦) في ق زيادة (في الوجهين) وهي توصل المعنى أكثر.
(٧) في ط (العهد) بدل (عهدة الأمانة) والثانية أفضل لما فيها من زيادة إيضاح.
(٨) انظر البناية ج ٧ ص ٧٤٣، والكمالية بهامش فتح القدير ج ٧ ص ٤٥٦. والعناية بهامش فتح القدير ج ٧ ص ٤٥٦.

قال في شرح الخرشي: «حيث أخذه بغير إذن أو بإذن، ورده وضاع مع الباقي فإنه لا يضمن إلا المأخوذ فقط ولا يبرئه دعوى الرد، ولا ضمان عليه فيما لم يأخذه...» ١ - ج ٦

له: أنه صار خائئاً، فلا يبقى أميناً.
لنا: أنه لم يوجد منه الجناية والتعدي في الباقي، فلا يضمن.

ص ١١١. وذكر في شرح الزرقاني أنه في قول البعض: يرجع أيضاً بالباقي
إذن. (شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٦ ص ١١٦).



كتاب العارضة

باب قول أي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٣٤٣ - قال (أبو حنيفة) : إذا استعار أرضاً للزراعة^(١)، وكتب كتاباً، يكتب^(٢) أن أطعمني [أرض] كذا.

وقال أبو يوسف ومحمد: يكتب أنه أعارني^(٣).
لهما: أن لفظ الإعارة حقيقة^(٤).

له: أن إعارة الأرض قد تكون للزراعة^(٥)، وغيرها، فكان مهملاً، والإطعام وإن كان مجازاً، فهو معلوم؛ لأن كل أحد^(٦) يعرف أن ذات الأرض لا يطعم، فكان أبلغ في إيانة المراد، فكان أولى.

(١) في ز (للمزراعة) بدل (للزراعة): والثانية أنسب للمعنى.

(٢) في ق، ط زيادة (يكتب فيه) وهي تزيد المعنى وصوحاً.

(٣) في الأصل، ح، ط (أرضاً) والمعنى لا يستقيم بها، إضافة إلى محاليتها لفواعل النحو.

(٤) انظر الجامع الصغير ص ٣٤٥، والبنية ج ٧ ص ٧٩٥. وفتح القدير ج ٧ ص ٤٧٨.

ونبين الحقائق ج ٥ ص ٩٠.

(٥) في ش، ز، ط زيادة (فكان أولى) وفي ق زيادة (له فكان أولى) وهاتان الريدتان توصلتان للمعنى.

(٦) في ر (للمزراعة) بدل (للزراعة) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ز، ط (وحد) بدل (أحد) والمعنى معهما واحد.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١٣٤٤- قال (أبو يوسف): إذا زرع^(١) أرض غصب^(٢) وضمن نقصانها، طاب له الفضل على البذر، والمؤنة.

وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يطيب، وهو كالريح في الودعة، وقد مر^(٣).

(١) في ق، ط زيادة (في) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
(٢) في ش (العصب) بدل (غصب) والمعنى متهما واحداً.
(٣) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٤٩، والمألة (١٣٣٥).

باب ما قاله زفر خلافاً لأصحابنا الثلاثة

١٣٤٥ - قال (زفر) : إذا أعار أرضه للبناء، والغرس^(١)، وبين له وقتاً، ففسى، وغرس، ثم أراد أن يسترد، منه ذلك، وبأمره يقطع^(٢) بساتنه وغرسه، ولا يضمن شيئاً.

وعندنا: يضمن له قيمة بساتنه وغرسه^(٣).

له: أنه متى بنى، وغرس مع علمه أن له حق الأخذ متى شاء، فقد رضي الله بفعله^(٤)، ولو ظن بخلاف ذلك، كان مغترباً، لا مغروراً، فلا يرجع عليه، وصار كغير المؤقت.

لنا: أنه لما وقَّت^(٥) وقتاً^(٦) فالظاهر هو الوفاء بما وعد، فقد اعتمد على قوله، ووثق به، فإذا خالفه، فقد غرَّه، ف يرجع عليه، بخلاف غير المؤقت

(١) مي ش، ط (أو للغرس) وفي ز (أو الغرس) بدل (والغرس) والأولى والثانية أسب لاء المعنى

(٢) مي ر (يقطع) بدل (يقطع) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) قوله (له قيمة بساتنه وغرسه) سقط من ز، والاثبات أفضل لزيادة الإيضاح. انظر المبوط ج ١١ ص ١٤١، والبنية ج ٧ ص ٧٨٨، وفتح القدير ج ٧ ص ٤٧٥، والبدائع ج ٨ ص ٣٩٠٤، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٨٨. وقال في البدائع: «إن كانت مؤقتة فأخرج قبل الوقت لم يكن له أن يخرجها، ولا يجبر على التقض والقطع، والمستعير بالحيار إن شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبساتنه قائماً سليماً، وترك ذلك عليه، وإن شاء أخذ غرسه وبساتنه ولا شيء على صاحب الأرض. (المصدر السابق). وهذا إذا كانت الاستعارة للبناء أو للغرس أما إذا كانت الاستعارة للزراعة فزوعها، ثم أراد صاحب الأرض أن يأخذها؛ لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع، بل يترك في يده إلى وقت الحصاد بأجر المثل استحساناً، وفي القياس أن يكون له ذلك كما في البناء.

(٤) في ش، ز، ق (بقلمه) بدل (بفعله) والأولى أنسب للمعنى

(٥) في ق، ط زيادة (له) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٦) في ح، أ زيادة (معلوماً) وهي تؤكد المعنى.

١٣٤٦ - قال (زفر). إذا استعار دابة إلى مكان معلوم، فجاوز بها، ضمن، فلو^(١)
عاود^(٢) إلى ذلك المكان، برى^(٣).
وعندنا: لا يبرأ^(٤).

له: أنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق، فصار كالمودع.
لنا: أنه لما انتهى إلى ذلك المكان، لم يبق العقد، فإذا عاد إلى ذلك
المكان، لم يوجد الرد إلى الملك، بخلاف المودع^(٥)؛ لأن الأمر واحد^(٦)
باق^(٧) حالة الخلاف^(٨)، لما عرف^(٩)

-
- (١) في ق (ولو) بدل (فلو) والمعنى معهما واحد.
(٢) في ش، ز، ط (عاد) بدل (عاود) والمعنى معهما واحد.
(٣) في ق (برأ) بدل (برى) والمعنى واحد.
(٤) وقول أبي حنيفة الأول كقول زفر. (انظر البدائع ج ٨ ص ٣٩٠٣، وحاشية الشلي على
تبين الحقائق ج ٥ ص ٩٠).
(٥) في ز (الودعة) بدل (المودع) والثانية أنسب للسياق.
(٦) (واحد) سقطت من ز، ط، ولا يتغير المعنى بسقوطها.
(٧) وفي (لأن الأمر ثمة باق) وفي ط (لأن المراد والعقد باق ثم) بدل (لأن الأمر واحد باق)
والمعنى واحد.
(٨) أي المخالفة.
(٩) انظر المسألة (١٣٤٠).

باب ما قاله الشافعي خلافا لعلمائنا

١٣٤٧ - قال (الشافعي) : ليس للمستعير أن يعير غيره أصلاً.

وعندنا : له ذلك .

قيل : إذا كان مما لا^(١) يختلف الانتفاع به ، بناء على أصل ، وهو أن الإعارة : إباحة المنفعة^(٢) عنده . ولهذا ينعقد بلفظة الإباحة . ويعقد مؤقتاً .
وعندنا : هو تمليك المنفعة ؛ لأنه وجد حد^(٣) التمليك . والمحل قابل للملك^(٤) . وقد عرف في موضعه^(٥) .

١٣٤٨ - قال (الشافعي) : العارية مضمونة .

وعندنا : هي^(٦) أمانة^(٧) .

له : قوله - ﷺ - في حديث درع صفوان^(٨) : لا بل عارية مضمونة

(١) في ش ، ر ، ق ، ط (له ذلك فيما لا) بدل (إذا كان مما لا) والمعنى معهما واحد

(٢) في ش (الانتفاع) بدل (المنفعة) والمعنى واحد .

(٣) (حد) سقطت من ز . والمعنى لا يتغير بسقوطها .

(٤) في ق (للتمليك) بدل (للملك) والمعنى معهما واحد .

(٥) (في موضعه) سقطت من ش ، والمعنى لا يتغير بسقوطها . انظر المبسوط ج ١١ ص ١٤٠ . والبداية ج ٨ ص ٣٨٩٨ . والبناء ج ٧ ص ٧٨١ ، وفتح القدير ج ٧ ص ٤٧١ ، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٨٦ . وللشافعية في هذا قولان الأول وهو الصحيح : أنه لا يصح له أن يعير ، والثاني يعير كما أن للمستأجر أن يؤجر . (مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٦٤ ، وفتح الوهاب ج ١ ص ٢٢٩) .

(٦) (هي) سقطت من ش ، ولا تؤثر في تغير المعنى .

(٧) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٣٤ . والبداية ج ٨ ص ٣٩٠٥ ، الباءة ج ٧ ص ٧٧٥ ، ٧٧٦ . وفتح القدير وحواشيه ج ٧ ص ٤٦٨ . وتبيين الحقائق ، وحاشية الشلبي ج ٥ ص ٨٤ ، والأم ج ٣ ص ٢٤٤ ، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ٩٢ ، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٨) هو صفوان بن أمية بن حلف الجمحي ، قُتل أبوه يوم بدر كافرًا . مات سنة ٤١ ، وقيل ٤٢ هـ . (الإصابة ج ٢ ص ١٨٧) .

مؤداة^(١). ولأن هذا قبض مال الغير لنفسه، فكان سبباً للضمان، كالعصب.
لنا: أن الضمان إنما يحجب بإخراج العين من أن تكون منتفئة بها^(٢) في حق
المالك بإثبات اليد المانعة، ولم يوجد، لما مر في مسائل الغصب. وحديث
صفوان؛ قلنا: الأخذ كان [بغير]^(٣) إذنه، لحاجة^(٤) المسلمين.

-
- (١) رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، حديث رقم ٣٥٦٢. وليس فيه قوله
(مؤداة) ورواه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح
على شرط مسلم، ولم يخرجاه، ج ٢ ص ٤٧، والبيهقي، كتاب العارية، باب العارية
مؤداة، ج ٦ ص ٨٨، والدارقطني بألفاظ مختلفة، كتاب البيوع، حديث رقم ١٥٧-١٦٩
ج ٢ ص ٣٨-٤١، والإمام أحمد في مسنده ج ٣ ص ٤٠١.
- (٢) في ش، ز، ق، ط (به) بدل (بها) والثانية أنسب لدلائنها على لفظ مؤنت وهو العين
- (٣) في الأصل (لعين) والمعنى لا يستقيم بها.
- (٤) في ش (بحاجة) بدل (لحاجة) والثانية أنسب للسياق.

كتاب الشركة

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٣٤٩ - قال: (أبو حنيفة) : شريكاً^(١) عنان^(٢) آخر^(٣) أحدهما ديناً على آخر من شركتهما، فإن كان هو العاقد؛ صح؛ لرجوع حق العقد إليه. وكذلك^(٤) إذا كان العاقد شريكه، وقال كل واحد منهما لصاحبه: اعمل^(٥) برأيك، وإن^(٦) لم يقل ذلك^(٧)، لم يجر تأخير في نصيبه. ولا في^(٨) نصيب شريكه. وعند أبو يوسف ومحمد: يجوز في نصيبه^(٩).
لهما: أنه تصرف في حق نفسه^(١٠)، وفي نصيب^(١١) شريكه^(١٢).

-
- (١) في ز، ق (شريكان شركة) بدل (شريكاً) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
(٢) شركة العنان أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما، وهو مأخوذ من قوله عن لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه - أي عرض لهما - (أنيس الفقهاء ص ١٩٤). وفي طلبة العنان أن يشتركا اثنان في شيء خاص يمن لهما عتاء، من حد ضرب - أي يعرض - ص ٢٠٥. وقال في التعريفات: شركة العنان ما تضمنت وكالة فقط. لا كفالة، ونصح مع التساوي في المال دون الربح، وعكسه، وبعض المال، وخلاف الجنس، فهي المشاركة في شيء خاص. (التعريفات الفقهية ص ٣٣٨).
(٣) في ز (أخل) بدل (آخر) والمعنى واحد.
(٤) في ش (وكنّا) بدل (وكذلك) والمعنى واحد.
(٥) في ط (شريكه: اعمل) بدل (لصاحبه: اعمل) والثابتة أنسب للمعنى.
(٦) في ز، ط، ش، ح (فإن) بدل (وإن) والمعنى معهما واحد.
(٧) (ذلك) سقطت من ق. وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.
(٨) في ش (وفي) بدل (ولا في) والثانية أبلغ في الدلالة على المعنى.
(٩) المسروط ح ١١ ص ١٧٤، ج ٢١، ص ٣٩ والدائع ج ٧ ص ٣٥٥.
(١٠) في ز، ط (في نصيبه) بدل (في حق نفسه) والمعنى واحد. وفي ح، في ريادة (في نصيب) ولا أثر لها في تغيير المعنى.
(١١) في ر (نصيب) بدل (وفي نصيب) والمعنى واحد.
(١٢) في ق (فيجوز في نصيبه، ولا يجوز في نصيب شريكه) بدل (وفي نصيب شريكه) والأولى

له: أنه لو جاز كان قسمة الدين قبل القبض^(١)؛ لأنه تميز^(٢) نصيب أحدهما عن الآخر. وهي^(٣) تعجيل المطالبة، وأنه لا يجوز.

١٣٥٠- قال: (أبو حنيفة): المرتد إذا شارك المسلم شركة مفاوضة^(٤)، فهي موقوفة بالإجماع، لعدم التساوي، فإن أسلم نفذت، وإن قتل بطلت أصلاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: نفذت^(٥) عتناً^(٦).

لهما: أن شركة المفاوضة، إنما بطلت لعدم التساوي، والتساوي ليس شرط في العتآن، فانتقلت^(٧) شركة عتآن.

له: أن أصل تصرفه موقوف^(٨) فإذا قتل بطل أصله، كسائر العقود^(٩) الموقوفة.

١٣٥١- قال (أبو حنيفة): أحد المتفاوضين إذا اشترى جارية لنفسه، ليطأها بغير إذنه صاحبه، فهي بينهما بالشركة، فإن كان بإذنه فهي له: والبائع يطالب بالثمن أيهما شاء، ولا يضمن المشتري نصف الثمن للآخر، وإن أدى من مال الشركة^(١٠).

أفضل لأنها أكثر توضيحاً للمعنى، وفي ط زيادة (فيصيح في نصيه) وهي توضح المعنى.

- (١) وهو غير جائز. (البدائع ج ٧ ص ٣٥٥٥)
- (٢) في ر، ح، ق، أ (يتميز) بدل (تميز) والمعنى معهما واحد.
- (٣) في ش، ز، ق، ط (مي) بدل (وهي) وتؤيان إلى المعنى المراد.
- (٤) في ش (المفاوضة) بدل (مفاوضة) والثانية أنسب للسياق. وشركة المفاوضة أن يمرض كل واحد منهما إلى صاحبه أمر الشركة، وهي المساواة. (طلبة الطلبة ص ٢٠٥) وفي التعريفات الفقهية: هي ما تصنت وكالة، وكفالة، وتساوي مالا، وتصرفاً ودنياً (أي لمشاركة في كل شيء) ص ٣٨٨. وانظر البدائع ج ٧ ص ٣٥٣٤.
- (٥) في ز (نقلت) بدل (نفذت) والمعنى معهما واحد.
- (٦) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٩٨، ٢١٢، ٢١٣، والبدائع ج ٧ ص ٣٥٤٣، وما بعدها. وفتح القدير ج ٥ ص ٤١٢.
- (٧) في ش، ز، ق، ط (فانتقلت) بدل (فانتقلت) والمعنى معهما واحد. وفي ق زيادة (المفاوضة) وتؤدي إلى الإيضاح أكثر.
- (٨) في ز، ق، ط (توقف) بدل (موقوف) والثانية أنسب للسياق.
- (٩) في ش، ز، ق، ط (عقوده) بدل (العقود) والأولى أبلغ في الدلالة على المراد، إذ المراد عقود المرتد، وفي ط (عقود) والمعنى لا يستقيم بها.
- (١٠) في ش، ق، ز زيادة (ولا يرجع صاحبه عليه) وهي تزيد المعنى وضوحاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه^(١) وصاحبه^(٢) بنصف الثمن^(٣).
 لهما: أنه فصى دين نفسه من مال الشركة، فصار كمن الطعام، والكسوة
 له: أن شره الجارية وقع على الشركة؛ لأن الأصل في شركة المعوضة
 هذا، إلا أن الشريك بالإذن ملك نصيبه من الجارية ووهب^(٤) له، فلا يرجع
 عليه بشيء من ذلك^(٥)، محافظة على قضية المفاوضة.
 ١٣٥٢ - قال (أبو حنيفة): إذا كفل أحد المتفاوضين عن إنسان بأمره^(٦)، لزم ذلك شريكه
 وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزم^(٧).
 لهما: أنه تبرع في الابتداء^(٨)، ولهذا لو كان في مرض موته يعتبر من
 الثلث، فلا يلزم صاحبه.
 له: أن الكفالة تبرع في الابتداء، لكنه ينقلب تجارة في حالة البقاء؛ لأنه
 يؤدي فيرجع على الأصل^(٩) بمثله، والكفالة إنما تلزم صاحبه حالة البقاء،
 وهو^(١٠) تجارة في هذه الحالة. ولهذا قلنا: أن المريض إذ أقر بالكفالة يعتبر

- (١) (عليه) سقطت من ق، ط، وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.
 (٢) (صاحبه) سقطت من ز، و والإثبات أفضل لإيضاح المعنى.
 (٣) قوله (وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه صاحبه بنصف الثمن) سقط من ش. والصحيح
 إثباتها لمعرفة قولهما في هذه المسألة.
 انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٠٩، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٤، والبنابة ج ٦ ص
 ١٣٧، وفتح القدير ج ٥ ص ٤١٥، والبدائع ج ٧ ص ٣٥٧٣.
 (٤) في ش، ز، ق، ط (ووهب) بدل (ووهب) والأولى أنب للسياق.
 (٥) في ح، ق، أ، ط (وإنما فعلنا ذلك) بدل (من ذلك) والمعنى معهما واحد.
 (٦) (أي أمر صاحبه) نسخة ح، الورقة ١٣٤ بالهامش.
 (٧) ومالك فرق بين أن يكفل بمال أو بنفس، فإن كفل بمال فهو على هذا الخلاف، وإن
 كفل بنفس لا يؤخذ شريكه بذلك في قولهم جميعاً. (انظر البدائع ج ٧ ص ٣٥٦٩ وما
 بعدها. والمبسوط ج ١١ ص ١٨٠، ٢٠٤، ج ١٧ ص ١٩٥).
 (٨) (في الابتداء) سقطت من ش، ح، ز، ق، ط، أ وإثباتها أفضل لمعرفة أنها تحول في
 الانتهاء إلى معاوضة ولأنها كانت في الابتداء تبرعاً. (المصادر السابقة).
 (٩) في ح، ز، ط، أ (الأصيل) بدل (الأصل) والأولى أوضح في الدلالة على المراد، إذ
 تقابل (الكفيل).
 (١٠) في ح، ز، ق، ط (وهي) بدل (وهو) والمعنى معهما واحد على اعتبار أن المراد بالآخر

من جميع المال . بخلاف الابتداء .
١٣٥٣ - قال (أبو حنيفة) : إذا أقر المفاوض بدين التجارة لمن لا تقبل شهادته له
بولادة أو زوجية^(١) ؛ لم يلزم شريكه .
وقال أبو يوسف ومحمد . يلزم^(٢) .
وهو كالوكيل إذا عاهد هؤلاء^(٣) . وقد عرف^(٤) .

(الكفالة)، وبالتالي (التبرع).

- (١) في ق زيادة (أورق) وهي زيادة ليست صحيحة؛ لأن عندهما في حالة الإقرار لعبد، أو
بيع الوكيل على عبده، لا يلزم الشريك، أو الموكل. (الباية ج ٧ ص ٣٢٥)
(٢) المبسوط ج ١١ ص ٢٠٥.
(٣) انظر المبسوط ج ٥ ص ٣٢٤، وفتح القدير ج ٧ ص ٦٩، والمانع ج ٧ ص ٣٤٦٥
(٤) انظر المسألة (١٨١٤).

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١٣٥٤ - قال : (أبو يوسف) : إذا اشترك^(١) المسلم والكتابي^(٢) شركة مفاوضة، كان مفاوضة.

وقال أبو حنيفة ومحمد : هي عثان^(٣).

له : أن كل ما يملك الذمي من شراء الخمر والخنزير، يملكه المسلم بتوكيل غيره، فتحقق التساوي.

لهما : أن الذمي يملك ذلك بنفسه، وبوكيله^(٤)، والمسلم لا يملك^(٥) بنفسه، فانتفى التساوي، ومبنى المفاوضة على التساوي، وصار^(٦) كالحر مع العبد.

١٣٥٥ - قال (أبيوسف) : أحد المتفاوضين إذا غصب عيئاً، ثم هلك، أو غاب؛ يضمن^(٧) ولا^(٨) يؤاخذ شريكه^(٩).

له : أنه ليس من ضمان التجارة، قصار كالمهر، والأرض.

لهما : أنه ملك^(١٠) المضمون عند أداء الضمان، فينقلب ضمان التجارة^(١١).

(١) في ز (اشتركا) بدل (اشترك) والثانية أفصل؛ لأنها توافق قواعد النحو، ولأن الصبر لا فائدة له مع الاسم الظاهر.

(٢) في ط (النصراني) بدل (الكتابي) والثانية أفصل؛ لأنها أكثر شمولية من الأولى.

(٣) انظر المسوط ج ١١ ص ١٩٦، والبدائع ج ٧ ص ٣٥٤٢، والناية ج ٦ ص ٨٣، وفتح القدير ج ٥ ص ٣٨٢، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣١٤، ولكن عبد أبي يوسف تجوز مع الكراهية.

(٤) في ح، ق (ويتوكيله) بدل (وبوكيله) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ز زيادة (ذلك) ولا أثر لها في تعبير المعنى.

(٦) في ط (عصار) بدل (وصار) والمعنى واحد معهما.

(٧) في ز (مضمن) وفي ط (فيضمن) بدل (يضمن) والآخره أنب للسباق.

(٨) في ش، ر، ق، ط (ولم) بدل (ولا) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ز (به) بدل (شريكه) والمعنى معهما واحد، انظر المسوط ج ١١ ص ١٩١، والبدائع ج ٧ ص ٣٥٦٩.

(١٠) في ش، ز، ط (يملك) بدل (ملك) والمعنى معهما احد.

(١١) في ش (تجارته) وفي ز، ق، ط (تجارة) بدل (التجارة) والآخره أنب للسباق.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد، ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٣٥٦- قال (أبيوسف): إذا^(١) اشتركا في كبلي، أو وزني، أو عددي متقارب، ولم يخلط^(٢)، فلا شركة بينهما، ولكل واحد منهما ماله، وله^(٣)، ربح، وعليه وضيعته^(٤)، فإن خلط، ثبت بينهما شركة ملك، فإذا باعا فالربح والضيعة بينهما على قدر ماليهما، كسائر الأعيان المشتركة، فلو خلط، ثم اشتركا فعن أبي يوسف: أنه لا يحوز الشركة، فلا يحوز اشتراط فضل ربح لأحدهما.

وعن محمد: أنه تجوز الشركة بعد الخلط. ويحوز فضل ربح أيضًا^(٥).
لمحمد: أنه يصير في معنى الشركة في الأثمان^(٦)، والاستفضال في شركة العقد^(٧) جائز.

(١) في ح، ز، ق، ط (لو) بدل (إذا) وتؤديان إلى المعنى المراد

(٢) في ش، ز (يختلط) بدل (يخلط) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش، ح، أ (له) بدل (وله) والمعنى معهما واحد. وسقطت (له) من ق. والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٤) أي نقصانه وخسارته.

(٥) قوله (ويحوز فضل ربح) سقط من ش، ح، ز، ق، ط، أ والإثبات أفضل لزيادة الإيضاح والتفصيل. انظر المبسوط ج ١١ ص ١٦١، والبدائع ج ٧ ص ٣٥٣٩، والبنابة ج ٧ ص ١٠٠، وفتح القدير ج ٧ ص ٣٩٢.

(٦) في ح، ز، ق، ط، أ (بالأثمان) وفي ش (للأثمان) بدل (في الأثمان) والأولى أبلغ في الدلالة على المعنى.

(٧) والشركة نوعان شركة الأملاك، وشركة العقود، شركة الأملاك: في العين يرثها الرجلان أو بشريائهما أو توهب لهما، أو ملكاها بالاستيلاء على مال من أموال أهل الحرب. وأما شركة العقود، وهي مأخوذة من التعاقد - وركبها الإيجاب والقول، وهي أربعة أوجه: مفاوضة، وعند، وتقبل، ووجوه. (الهيئة ج ٧ ص ٧٦ - ٧٨، والبدائع ج ٧ ص ٣٥٣١)

لأبي يوسف: أنه لا تصح شركة العقد قبل الحلط؛ لأن رأس مال الشركة^(١) يجب أن يكون من الأثمان، فكذا بعد الحلط.

١٣٥٧ - قال: (أبيوسف): رجل ادعى على رجل أنه فاضله^(٢) وأن المال الذي في يده مال الشركة، فأنكر، فأقام^(٣) عليه البينة، ثم ادعى ذو اليد عينا أنها ملكه^(٤) لا بطريق الشركة، وأقام البينة؛ لا تقبل هذه البينة. وقال محمد: تقبل^(٥).

لمحمد أن الشهود شهدوا بالمفاوضة بينهما في الماضي، فيُقضى بذلك. ولا يكون المال مشتركاً بينهما في الحال. إلا أن الشركة تثبت قضية لاستصحاب [الحال]^(٦)، فلم يصح هو مقضيًا عليه بالشركة في هذا الحال. فتسمع دعواه فيه^(٧).

لأبي يوسف: أن القاضي لا يقضي بالمفاوضة في الحال؛ لأنه جاحد، والمفاوضة تنتقض لوجود^(٨) أحدهما عند حضرة الآخر. ولا يقضى بها فيما مضى؛ لأنه لا يفيد، وكان هذا قضاء، يكون^(٩) المال مشتركاً بينهما. فصار^(١٠) هو مقضيًا عليه، وصار كما إذا شهدوا على المفاوضة، وعلى أن هذا^(١١) المال مشتركاً بينهما. وعلى هذا: إذا ادعى عقاراً في يده أنه ملكه،

-
- (١) في ز (المال) بدل (مال الشركة) والثانية أفضل لوضوحها.
(٢) في ز، ق، ط (مفاوضة) بدل (أنه فاضله) وتؤيدان إلى معنى واحد.
(٣) في ش (وأقدم) بدل (وأقام) والمعنى واحد.
(٤) (ثم) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لاستقامة العبارة.
(٥) في ش، ق (أنه لو ملكه) وفي ط (أنه ملكه) بدل (أنها ملكه) والثانية والثالثة أنسب للمعنى والسياق.

- (٦) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٨٤، ١٨٥.
(٧) في الأصل (المال) وهو وهم من الناسخ.
(٨) (فيه). سقطت من ز، وإثباتها أفضل لتأكيد المعنى المراد.
(٩) في ش، ح، ق، ط، أ (بوجود) وفي ط (بالجود من) بدل (الجود) والأولى والثانية أنسب للمعنى.

- (١٠) في ز زيادة (هذا) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
(١١) (فصار) سقطت من ز، ط. وإثباتها أفضل لاستقامة المعنى.
(١٢) (هذا) سقطت من ش، ز، ق، ط ولا يتغير المعنى بسقوطها.

وحفه، وفي يده^(١) بغير حق، وأقام ذو اليد بينة أنه أحدث هذا البناء، لم يقل عند أبي يوسف. وقال محمد: يقبل^(٢). فإن كان المدعي ذكر البناء في الدعوى؛ لم تقبل بينة ذي اليد بالإجماع.

١٣٥٨ - قال: (أبيوسف): إذا اشتركا في الاحتطاب، والاحتشاش، حتى^(٣) لم يصح، فاحتطب أحدهما، وأعانه الآخر، فللمعين أحر مثله؛ لأنه عمل بعقد فاسد، ولا يجاوز به نصف ثمن المجموع. وقال محمد: يجب بالغاً ما بلغ^(٤).

لمحمد: أنه لا يمكن تقديره بنصف قيمة المجموع؛ لأنه مجهول جهالة فاحشة. لأبي يوسف: أنه رضي به، وهو وإن^(٥) كان مجهولاً للحال لكنه^(٦) يعرض أن يصير معلوماً عند الجميع، فيقدر به.

١٣٥٩ - قال (أبيوسف): رجل اشترى من أحد المتفاوضين شيئاً، فوجد به عيباً^(٧)، فأنكر البائع؛ فللمشتري أن يحلف البائع على الثبات، والآخر على العلم، ولم يحك خلافاً في كتاب الشركة، وذكر في الجامع الكبير، أنه لا يحلف الآخر أصلاً عند أبي يوسف^(٨). ويحلف على العلم عند محمد^(٩). لمحمد: أن كل واحد منها صار كفيلاً عن [صاحبه]^(١٠) والكميل [يحلف]^(١١) إذا أنكر سبب المطالبة.

(١) في الهامش من نسخة ح الورقة ١٣٤ قال: أي يد ذواليد.

(٢) في ش، ح، ز، ق، ط، أ (خلافاً لمحمد) بدل (وقال محمد: يقبل) والمعنى واحد.

(٣) (حتى) سقطت من ط والمعنى لا يستقيم بدونها. وهذه الشركة فاسدة، لأن صحة الشركة باعتبار التوكيل، فلا تصح الشركة فيما لا تجوز الوكالة فيه. (المبسوط ج ١١ ص ٢١٦)

(٤) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٥٤٨ والمبسوط ج ١١ ص ٢١٦.

(٥) في ش، ز، ح، أ (إن) بدل (وإن) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ش (لكن) وفي ط (ولكنه) بدل (لكنه) وتؤدي إلى المعنى المراد.

(٧) في ز (فوجده معيباً) بدل (فوجد به عيباً) والمعنى واحد.

(٨) في ز (أبي حنيفة) بدل (أبي يوسف) والصواب الثانية؛ لأن الباب لأبي يوسف ومحمد.

(٩) انظر الجامع الكبير ص ٢٢٧، ٢٢٨، والبدائع ج ٧ ص ٣٥٧٠.

(١٠) في الأصل (صاحبه) وهو وهم من النسخ.

(١١) في الأصل، ح (لا يحلف) والصحيح أنه يحلف؛ لأنه مكر، والمكر عليه الجير.

لأبي يوسف: أن كل واحد منهما كالوكيل، والنائب عن صاحبه فيه
الخصومة، والوكيل والنائب لا يستحلف^(١)؛ لأن الحلف لا تجري به
النيابة.

١٣٦٠- قال: (أبيوسف): الشريكان في القسارة إذ أقر أحدهما بأنهما جميعاً
قبضاً ثوب فلان للقسارة، وجحد شريكة، نفذ إقراره عليهما.

وقال محمد: نفذ عليه خاصة^(٢).

لمحمد: أهما شريكي^(٣) عنان، فلا يلزم إقراره صاحبه.

لأبي يوسف: أن العين في يد الأجير المشترك مضمونة عندهما. وهما
بشتركان^(٤) في ضمان الشركة.

(١) في ز (لا يستحلفان) بدل (لا يستحلف) والأولى أنسب لدلالاتها على مثنى وهما الوكيل
والنائب.

(٢) في ق زيادة (ولا يلزم صاحبه) وهي تريد المعنى وضوحاً. وانظر البدائع ج ٧ ص ٣٥٧٧
وما قاله أبو يوسف استحساناً، وما قاله محمد قياساً، ويلاحظ أن عند محمد ينفذ إقراره
في النصف الذي في يده، ولا ينفذ في النصف الذي في يد شريكه.

(٣) في ش، ز، ق، ط (كشريكي) بدل (شريكي) والثانية أدق في التعبير عن المعنى، لأنهما
شريكي عنان فعلاً، ولكن ليست بالمال، بل بالعمل. (البدائع ج ٧ ص ٣٥٧٧)

(٤) في ز (بشتركان) بدل (بشتركان) والمعنى معهما واحد.

باب ما قاله زفر خلافا لعلمائنا

١٣٦١ - قال (زفر): إذا اشترك الخياط والإسكاف^(١) شركة تَقْبِلُ^(٢)؛ لا محوز.
وعندنا: تجوز الشركة: وعلى هذا^(٣): إذا اشتركا بمالين مختلفين، كالدرهم
والدينار تجوز الشركة عندنا^(٤)، خلافاً لزفر. وعلى هذا^(٥): إذا اتحد
المالان، ولم يخلط^(٦)؛ صح عندنا: خلافاً لزفر^(٧).
له: أن الشركة هي الخلطة لغة، ولا خلط^(٨) عند اختلاف المال، ولا عمل
بدون الخلط^(٩).
لنا: أن أول هذه العقود^(١٠): توكيل بالتصرف، وآخره اشتراك في الربح،

-
- (١) الإسكاف: الصانع أيًا كان، وخص بعضهم به النجار. وقيل كل صانع غير من يعمل
انخفاف. (انظر لسان العرب ج ٩ ص ١٥٧)
- (٢) شركة التَقْبِلُ بفتح التاء والقاف، وضم الباء مع تشديدها، هي شركة الصانع، وهي أن
يشترك الصانعان على أن يقيلا الأعمال، ويكون الكسب والربح بينهما.
(انظر البناية ج ٦ ص ١٢١، والتمريعات الفقهية ص ٢٣٣).
- (٣) في زيادة (الحلاف) وتوضح هذه الريادة المعنى.
- (٤) في ش (وعندنا) بدل (عندنا) والثانية أنسب للسياق.
- (٥) في ز (وكذا) بدل (وعلى هذا) والثانية أنسب للسياق.
- (٦) في ز (لم يخلط) بدل (لم يخلط) والمعنى معهما واحد.
- (٧) في ز، ش، ط، ح، ق، ط، أ (وعنده: لا يصح) بدل (خلافاً لزفر) ولأولى أصل،
لأنها توافق طريقة الكتاب.
- انظر البدائع ج ٧ ص ٣٥٥١، والبناية ج ٦ ص ١١٠، ١١٥، ١٢١، وفتح القدير ج
٥ ص ٣٩٨، ٤٠٠، ٤٠٥، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١،
والمبسوط ج ١١ ص ١١٦.
- (٨) في ش، ز، ط (خلطة) بدل (خلط) والمعنى معهما واحد.
- (٩) في ز، ش، ق، ط (عند اختلاف المال والعمل، وبدون الخلطة لا تتحقق الشركة) بدل
(عند اختلاف المال، ولا عمل بدن الخلط) والمعبارة الأولى أفضل، لأنها أكمل من الثانية.
- (١٠) في ش، ق، ز، ط (العقد) بدل (العقود) والمعنى معهما واحد.

مصار كالمضاربة، فلا يشترط اتحاد المال، والخلطة^(١).

١٣٦٢ - قال (زفر والشافعي) : لا يجوز اشتراط المساواة في الربح، والمالان على التفات. ولا على العكس.
وعندنا: يجوز^(٢).

له: أن اشتراط الوضعية على هذا الوجه لا يصح، فكذا^(٣) الربح.

لما: قول علي - رضي الله عنه - «الربح على ما اشتراط العاقدان، والوضعية على المال»^(٤). ولأن صاحب أكثر المالين يصير كأنه قال للآخر: اعمل أنت في مالك، والربح لك، وأنا أعينك فيه، واعمَل في مالي على أن لك ربح ربحه. وأنا أعينك فيه^(٥) أيضًا، فهو^(٦) جائز.

ويكون بمعنى المضاربة^(٧)، فيصح على هذا الوجه، بخلاف شرط^(٨) الوضعية؛ لأنه شرط زيادة ضمان من غير سبب.

(١) في ز، ق، ط (الخلط) بدل (الخلطة) والمعنى معهما واحد.

(٢) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٥٦. والبنابة ج ٦ ص ١٠٧، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٩٧ وتبين الحقائق ج ٣ ص ٣١٨.

وانظر مغني المحتاج ج ٢ ص ٢١٦، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ١١٢، والمجموع ج ١٣ ص ٨٦. والبدائع ج ٧ ص ٣٥٤٥.

(٣) في ش (فكذلك) بدل (فكذا) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٤) رواه ابن أبي شيبة عن علي بلفظ: «الربح على ما اصطُلحنا عليه، والوضعية على المال» كتاب البيوع، باب من قال الربح على ما اصطُلحنا عليه، والوضعية على رأس المال حديث رقم ١٠ ج ٦ ص ٤، ورواه ابن أبي شيبة أيضًا عن إبراهيم النخعي والشمي، وأبي جعفر محمد بن علي الباقر، والحسن البصري، ومحمد بن سيرين، وقنادة السدوسي، في نفس الكتاب والباب السابق.

(٥) في ر (في هذا) بدل (فيه) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ش، ح، ز، ق، أ (وهو) بدل (مهر) والأولى أنسب للسياق.

(٧) من قوله (وأنا أعينك فيه ...) إلى ... ويكون بمعنى المضاربة) سقط من د، و... أفضل لاكتمال المعنى

(٨) في ط (اشتراط) بدل (شرط) والمعنى معهما واحد.

باب ما قاله الشافعي خلافا لقول علمائنا

١٣٦٣ - قال (الشافعي): لا أدري ما المفاوضة؟! ولو جازت المفاوضة لما فسد عقد ما.

وعندنا: شركة المفاوضة^(١) جائزة، وهي^(٢): أن يشترك اثنان في كل قليل وكثير على أن يشتريا ويبيعا جميعا، [وشتى]^(٣)، بالتقيد، والنسبة، وكل واحد منهما يعمل برأية فيه، على أن الربح بينهما نصفان، والوضعية كذلك، ويقتضي تساوي الحالين، وما اشتراه أحدهما فهو عليها، ويقتضي التوكيل، والكفالة من الجانبين، ولو لم يكن أحدهما من أهل الكفالة، كالصبي، والعبد، لم تصر مفاوضة، وصارت عنائا، ويشترط أن يتلفظا بلفظ^(٤) المفاوضة، وأن لا يكون لأحدهما^(٥) من المال الذي تجوز عليه الشركة سوى هذا المال^(٦).

له: أن هذا العقد إنما يجوز عندكم بشرط المساواة من كل وجه، وهو غير ممكن؛ لأنه^(٧) لا بد أن يكون لأحدهما طعام أهله^(٨)، وثياب^(٩) نفسه، وغير ذلك؛ فلا يمكن تصحيحه.

-
- (١) (المفاوضة) سقطت من ز، وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.
 - (٢) في ز، ط (وهو) بدل (وهي) والثانية أنسب لدلتها على الشركة.
 - (٣) في الأصل (ويشتريا) وهو وهم من الناس إذ المعنى لا يستقيم بها.
 - (٤) في ز، ق، ط (بلفظة) بدل (بلفظ) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
 - (٥) في ش (أحدهما) بدل (لأحدهما) والثانية أنسب للمعنى.
 - (٦) في ق زيادة (الذي عقد عليه الشركة) وهي توضيح المعنى. انظر المسموط ج ١١ ص ١٥٣، وحاشية الشلبي على تبين الحقائق ج ٣ ص ٣١٣، والبنية ج ٦ ص ٨٠، وفتح القدير ج ٥ ص ٣٨٠، والبدائع ج ٧ ص ٣٥٣٤، و٣٥٣٥، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٢١٢. وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ١١١. والمجموع ج ١٣ ص ٩١.
 - (٧) (لأنه) سقطت من ط، والمعنى لا يستقيم بدونها.
 - (٨) في ز (لأهله) بدل (أهله) والمعنى معهما واحد.
 - (٩) في ط (أو كسوة) بدل (وثياب) والمعنى معهما واحد.

لنا: أن هذا عقد اشتمل على أنواع من العقود التي ذكرنا، وكل واحد منهما بانفراده جائز، فتجوز عند الاجتماع، كبيع أنواع الأموال^(١). وما ذكر من عدم التساوي، فلنا: نحن نشترط المساواة في المال الذي هو للتجارة^(٢) دون غيره^(٣)، وهو ممكن.

١٣٦٤ - قال (الشافعي): وشركة الوجوه غير جائزة، وهو: أن يشترك اثنان بغير مال، على أن يشتريا بوجوههما، وبسبعا، والوضيعة والربح بينهما على السواء، أو كلاهما على الأثلاث، أو الأرباع. وعندنا: هي جائزة^(٤).

له: أن الشركة: [للربح]^(٥)، ولا ربح بغير مال، ولو اشترى بالنسيئة^(٦)، وباعا بالنقد، لم^(٧) يربحا، فلا يفيد؛ ولأن الشركة هي الخلط^(٨)، وذ لا يتصور^(٩) بغير^(١٠) مال^(١١).

لنا: أن شركة العنان جائزة، وهي: التوكيل^(١٢) من كل واحد منهما صاحبه

(١) في ش (المال) وفي ز (مال) وفي ط (مال من الأموال) بدل (الأموال) والأخيرة أنسب للمعنى المراد.

(٢) في ش، ز، ق، ط (مال التجارة) بدل (المال الذي هو للتجارة) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(٣) في ش، ز، ق، ط (غيرهما) بدل (وغيره) والثانية أنسب لدلائها على المال.

(٤) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٥٢، والبدائع ج ٧ ص ٣٥٣٥، والباية ج ٦ ص ١٢٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٠٧، ٤٠٨، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٢.

ومغني المحتاج ج ٢ ص ٢١٢، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ١١٠، ١١١ والمجموع ج ١٣ ص ٩٢.

(٥) في لأصل (الربح) والمعنى لا يستقيم بها.

(٦) في الأصل (نسيئة) بدل (بالنسيئة) والثانية أنسب للسياق. والنسيئة تأخير الدين. (أنيس الفتاه ص ٢١٥).

(٧) في ز، ط (ولم) بدل (لم) والثانية أنسب لأداء المعنى. لوقوعها في جواب شرط.

(٨) في ز، ق، ط (الخلطة) بدل (الخلط) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ق (لا يقرر) بدل (لا يتصور) والثانية أنسب لأداء المعنى.

(١٠) في ش، ز، ط، ق (مدون) بدل (بغير) والمعنى معهما واحد.

(١١) في ط (المال) بدل (مال) والمعنى معهما واحد.

(١٢) في ز، ح، ق، ط، أ (توكيل) بدل (التوكيل) والأولى أنسب للسياق.

بالشراء، والبيع، على أن الحاصل من تصرفهما بينهما، وهذا ينحقق بدون^(١) مال^(٢)، بأن يكون لهما بصارة، وحرقة، يمكنهما أن يشتريا بالنسيئة بمثل ما يشتري غيرهما بنقد^(٣). أو ينتقلان إلى موضع آخر فيبيعان بالربح. وأما الاختلاط، فهو واقع في العمل، فيحوز.

١٣٦٥ - قال (الشافعي): وشركة التَّقبُّل: وهي أن يشترطاً على أن يتقبلا الأعمال من الناس، ويعملا جميعاً، ويشترط^(٤) على أن ما رزق الله تعالى، فهو^(٥) بينهما نصفان، غير جائز^(٦) قياساً. وهو قول الشافعي، ويشتر بن غياث^(٧). وعندنا: جائز استحساناً^(٨).

له: أن الشركة بغير مال لا تجوز؛ لما مر^(٩).

لنا: أنه توكيل لقبول^(١٠) العمل، فإذا تقبلا، كان عليهما، وإذا عملا أر أحدهما^(١١) عملاً^(١٢) استحقا الأجر، وكان العامل^(١٣) معيناً للآخر، وهو

(١) في ز (بغير) وفي ق (وبدون) بدل (بدون) وتؤدي جميعها إلى المعنى المراد.

(٢) في ط (المال) بدل (مال) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ط (نقدًا) بدل (بنقد) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ش (ويشترط) وفي ز، ح، ق، ط، أ (وشترط) بدل (ويشترط) والثانية أنسب للمعنى والسياق. وفي ط زيادة (وشترط) وهي زيادة توضح المعنى.

(٥) (فهو) سقطت من ز وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.

(٦) في ط (وهذا فاسد) بدل (غير جائز) والثانية أنسب للسياق.

(٧) بشر بن غياث المريسي، من أصحاب أبي يوسف خاصة، له تصانيف وروايات كثيرة عنه، اشتهر بعلم الكلام، وخاض فيه، مما أدى إلى إغراض الناس عنه. (أخبار أبي حنيفة وأصحابه وأصحابه ص ١٥٦).

(٨) انظر المبسوط ج ١١ ص ١٥٤، والبنية ج ٦ ص ١٢١، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٠٥،

وتبيين الحقائق، وحاشية الشيخ الشلبي ج ٢ ص ٣٢١، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٢١٢،

وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ١١٠، المجموع ج ١٢ ص ٨٨.

(٩) انظر المسألة (١٣٦٤).

(١٠) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (بقبول) بدل (لقبول) والأولى أنسب للمعنى.

(١١) في ش، ز، ح، ق، ط، زيادة (أو عمل أحدهما) وهي تزيد المعنى وضوحاً.

(١٢) (عملاً) سقطت من ط وإثباتها أفضل لاكمال المعنى.

(١٣) في ش، ز، ق، ط، زيادة (العامل وحده) ولا أثر لها.

جائز؛ لأن المشروط^(١) مطلق العمل، لا عمل عامل بعينه^(٢).
١٣٦٦ - قال: (الشافعي): لا يحوز اشتراط فضل الربح مع تساوي المالين، وعلى
العكس^(٣)، وقد مر في باب زفر^(٤).

-
- (١) في ش (الشرط) بدل (المشروط) والمعنى معهما واحد.
(٢) في ش (وعلى القلب) بدل (لا عمل عامل بعينه) والثانية أنسب لأداء المعنى. وفي ق،
ط (بنفسه) بدل (بعينه) والمعنى معهما واحد.
(٣) في ح، ز، ق، ط (القلب) بدل (العكس) والمعنى معهما واحد.
(٤) انظر المسألة (١٣٦٢).

كتاب الصيد

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٣٦٧ - قال (أبو حنيفة) : الجنين لا يَتَذَكَّى بذكاة الأم، وهو قول زفر^(١).
وقال أبو يوسف ومحمد : يَتَذَكَّى^(٢).
لهما : قوله - ﷺ - : «الجنين يَتَذَكَّى بذكاة الأم»^(٣) وهي للنبابة، ولأنه أجزاء من الأم، فيتذكى بذكاتها، كسائر الأجزاء.
له : أن ذبح الأم ليس بسبب لخروج الدم عنه^(٤)، بدليل أنه يتصور بقاؤه حيًا بعد موتها^(٥)، والدم حرام، فيحرم تناوله، لما عرف^(٦). رأيا الحديث

-
- (١) قوله (وهو قول زفر) سقط من ش، ز، ق، ط، وإثباتها أصل لبيان رأي زفر في المسألة
(٢) في ط زيادة (بذكاة الأم) وهي توضيح المعنى. انظر المدائع ج ٦ ص ٢٧٦٩، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٩٣، والنبابة ج ٩ ص ٥٦. وفتح القدير ج ٨ ص ٤١٧. والمبسوط ج ١٢ ص ٦. وقول زفر والحسن بن زياد مثل قول أبي حنيفة.
(٣) في ش، ز، ق، ط (ذكاة الجنين ذكاة أمه) بدل (الجنين يتذكى بذكاة الأم) والرواية الأولى هي المشهورة، ورواه أبو داود عن أبي سعيد عن النبي - ﷺ - قال : «كلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه». ورواه عن جابر بن عبد الله مرفوعًا بلفظ : «ذكاة الجنين ذكاة أمه» كتاب الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين، حديث رقم ٢٨٢٨، ج ٣ ص ١٠٣ ورواه الترمذي عن أبي سعيد مرفوعًا بلفظ أبي داود عن جابر، ورواه أيضًا عن جابر وأبي أمامة وأبي الدرداء، وأبي هريرة. كتاب الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين، حديث رقم ١٤٢٦، وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح، ج ٤ ص ٧٢. ورواه ابن ماجه عن أبي سعيد بلفظ أبي داود الأول، كتاب الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه، حديث رقم ٣١٩٩، ج ٢ ص ١٠٦٧. والدارمي، عن جابر بن عبد الله، كتاب الأضاحي، باب في ذكاة الجنين ذكاة أمه، ج ٢ ص ٨٤. والإمام أحمد في مسنده، ج ٣ ص ٣٩، عن أبي سعيد الحديري.
(٤) في ش، ز، ط (عن الجنين) بدل (عنه) والأولى أوضح.
(٥) في ز (بعده) بدل (بعد موتها) والثانية أوضح. وفي ش (موت الأم) بدل (موتها) والأولى أوضح.
(٦) في ط زيادة (تمامه في طريقة الخلاف) وفيها إيضاح مكان ورود الخلاف (الترقية ١٥٢)

والمراد منه التشبيه، بدليل ما ذكرنا.

١٤٦٨ - قال (أبو حنيفة): لحم الخيل مكروه - والأصح أنه كراهة تحريم.
وقال أبو يوسف ومحمد: [غير^(١) مكروه^(٢)].

لهما: قول أنس رضي الله عنه: «أكلنا لحم الفرس على عهد رسول الله - ﷺ»^(٣) وأيضاً حديث جابر - رضي الله عنه - فإنه قال: «أطعمنا رسول الله - ﷺ - لحوم الخيل، ونهانا عن الحمير»^(٤)، ولأنه حيوان طاهر، فصار

-
- (١) سقط ما بين القوسين من الأصل، والصحيح إثباتها لصحة قول أبي يوسف ومحمد.
(٢) انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٣٣، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٥٨. والبناء ج ٩، ص ٨١، وفتح القدير ج ٨ ص ٤٢٠، والجامع الصغير ص ٣٨٩.
(٣) رواه البخاري عن أسماء قالت: «نحرنا فرساً على عهد رسول الله - ﷺ - فأكلناه». كتاب الذبائح، باب لحوم الخيل، ج ٧ ص ١٢٣. ورواه مسلم بلفظ البخاري عن أسماء أيضاً، كتاب الأضاحي، باب في أكل لحوم الخيل، حديث رقم ٣٨، ج ٣ ص ١٥٤١. وعن أنس رواه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب في أكل لحوم الخيل، حديث رقم ٣٧٩٠، كما رواه عن أسماء بنت أبي بكر، وسويد ابن غفلة، وعلقمة، ومضالة بن عبيد، وابن الزبير، ج ٢ ص ٣٥٢. ورواه النسائي، كتاب الصيد والذبائح، باب الإذن في أكل لحوم الخيل عن جابر بن عبد الله بلفظ: «كنا نأكل لحوم الخيل على عهد رسول الله - ﷺ -» حديث رقم ٤٢٣٠، ج ٧ ص ٢٠١. وابن ماجه عن أسماء بلفظ البخاري، كتاب الذبائح، باب لحوم الحيل، حديث رقم ١٣٩٠، ج ٢ ص ١٠٦٤.
(٤) هذا الحديث سقط من ش، ز، ق، وإثباته أفضل لزيادة الاستدلال، وفي ح (الحمير) بدل (الحمير) والأولى هي الواردة في رواية البخاري ومسلم، والنسائي، والحديث بهذا اللفظ رواه النسائي، كتاب الصيد والذبائح، باب الإذن في أكل لحوم الخيل، حديث رقم ٤٢٢٨، ج ٧ ص ٢٠١.
ورواه البخاري عن جابر - رضي الله عنه - قال: «نهى النبي - ﷺ -: يوم خيبر من لحوم الحمير، ورخص في لحوم الخيل». كتاب الذبائح، باب لحوم الخيل، ج ٧ ص: ١٢٣. ومسلم بلفظ البخاري، كتاب الصيد والذبائح، باب في أكل لحوم الخيل، حديث رقم ٣٦، ج ٣ ص ١٥٤١.
ورواه أبو داود أيضاً عن جابر بلفظ البخاري ومسلم، كتاب الأطعمة باب في أكل لحوم الخيل، حديث رقم ٣٧٨٨، ج ٣ ص ٣٥١. ورواه النسائي بلفظ البخاري ومسلم، في الكتاب، والباب السابقين، حديث رقم ٤٣٢٧.
ورواه ابن ماجه، عن جابر بلفظ: «أكلنا زمن خيبر الخيل، وحمير الوحش» كتاب الذبائح، باب لحوم الخيل، حديث رقم ١٣٩١، ج ٢ ص ١٠٦٤.

كالإبل، والغنم

له: قول تعالى: ﴿وَالْحَيْلَ وَالْحَالَ • وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا • وَزِينَةً﴾^(١). الله تعالى ذكر الامتنان بنعمة الركوب والزينة، وترك الامتنان بنعمة الأكل، ونعمة الأكل فوق نعمة الركوب والزينة^(٢)، ولا يحسن في الحكمة الامتنان بأدنى العمتين مع وجود الأعلى. أما حديث أنس قلنا: لم يرد أن النبي ﷺ علم^(٣)، ولم يكر، وبدونه لا يكون^(٤) حجة^(٥).

١٣٦٩ - قال (أبو حنيفة): الكلب إذا أكل من الصيد بعدما حكم بتعلمه^(٦)، يحكم بجهله، ولم^(٧) يترك ما صاده قبل ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: يؤكل^(٨).

لهما: أنا حكمنا بتعلمه^(٩) بالاجتهاد^(١٠)، فلا ينقض بطله^(١١).

له: قوله تعالى ﴿كُلُوا يَمَّا آمَسَكُوا عَلَيْكُمْ﴾^(١٢) بشرط^(١٣) الإمساك علينا، ولم

(١) سورة النحل: ٨.

(٢) في ط زيادة (لأنها من أصول الحوائج) وهي زيادة تعلل سبب كون نعمة الأكل فوق نعمة الركوب والزينة.

(٣) في ق، ط زيادة (بذلك) وهي تؤكد المعنى.

(٤) في ق (لا يقى) بدل (لا يكون) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ز زيادة (وتماه عرف) وفي ط زيادة (وتماه عرف في طريقة الخلاف) وهي تبين مكان ورود الخلاف (انظر المختلف الورقة ١٥١).

(٦) في ز، ح، ق، ط (بتعلمه) بدل (بتعلمه) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ق (ولا) بدل (ولم) والمعنى معهما واحد.

(٨) انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٤٣، والبنية ج ٩ ص ٥٨٧. وفتح القدير ج ٩ ص ٥٠، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٩٦، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٥٢.

(٩) في ز، ح، ق، ط (بتعلمه) بدل (بتعلمه) والمعنى معهما واحد.

(١٠) في ق زيادة (بالترك ثلاث مرات) وهي تبين متى يحكم بتعلم الكلب عند أبي يوسف ومحمد: (انظر المسألة رقم ١٣٧٠).

(١١) في ق زيادة (كما في القبلية) وهي توضح المعنى أكثر.

(١٢) سورة المائدة: ٤.

(١٣) في ش، ز، ق، ط، أ (شرط) بدل (بشرط) والأولى أسبب للسواف.

يوجد، ولأنه ثبت دليل الجهل فتبين أنا أخطأنا في الحكم بعلمه^(١).
 ١٣٧٠ - قال (أبو حنيفة): الكلب إذا كان^(٢) تعلم فترك الأكل مرة، لم يدل على علمه، ما لم يكثر، ولم يُقَدَّر أبو حنيفة مُقَدَّر^(٣) في ذلك^(٤)، وفوضه إلى رأي أهل الصناعة^(٥).
 وقال أبو يوسف ومحمد: إذا ترك ثلاث مرات، فقد تعلم، فإن^(٦) صاد ثلاثة من الصيد، أو أكثر، ولم يأكلها، لم يؤكل الأول، والثاني؛ لأنه غير مُعَلَّم بعد، ويؤكل الرابع، وفي الثالث روايتان^(٧).
 لهما: أنه كثير.
 له: أنه يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال فيه^(٨) فيفوض إلى رأيه^(٩).

-
- (١) في ق زيادة (كأليسة) وهي تزيد المعنى وضوحاً.
 (٢) (كان) سقطت من ق، ط، ولا يتغير المعنى بسقوطها.
 (٣) (مقدر) سقطت من ش، ز، ط، والأفضل إثباتها لاكتمال المعنى.
 (٤) في ق (في ذلك تقديرًا) بدل (مقدر في ذلك) والأولى أوضح.
 (٥) في ش زيادة (تلك الصناعة) وهي توضح المعنى.
 (٦) في ش (بأن) بدل (فإن) والثانية أنسب للسياق.
 (٧) وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمهما الله - مثل قول صاحبه في التقدير بالثلاث، إلا أنه في تلك الرواية أبو حنيفة يقول: يؤكل الصيد الثالث، وهما يقولان: لا يؤكل الصيد الثالث. انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٤٤، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٩٥، ٢٧٩٤، ٢٧٩٥، والنهاية ج ٩ ص ٥٨١، ٥٨٢. وفتح القدير ج ٩ ص ٤٧، ج ٦ ص ٥١.
 (٨) (فيه) سقطت من ش، ح، ق، ز، ط، أ ولا يتغير المعنى بسقوطها.
 (٩) في ق، ط (رأيهم) بدل (رأية) والمعنى معهما واحد - باعتبار أن المراد بالأولى أصحاب تلك الصناعة، وبالتالي صاحب الكلب.

باب ما تفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١٣٧١ - قال (أبو حنيفة): إذا قطع أوداج^(١) المنخنقة^(٢)، والموقودة^(٣)، والمتردية^(٤) والنطيحة^(٥)، أو الذي شق السبع^(٦) وبها حياة - حلت، ولم يفصل في ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة: أنها^(٧) تحل إذا كانت بحال تعيش يومًا، لولا الذكاة.
وعن أبي يوسف: أنها إذا كانت^(٨) بحال تعيش أكثر يوم^(٩) لولا الذكاة^(١٠).

(١) الأوداج، أو الودجان، عرقان عظيمان في جانبي قدام العنق، وبينهما الحلقوم، والمري، (العريفات الفقهية ص ٥٤١)

(٢) المنخنقة قال ابن عباس: هي التي تختنق فتموت، وقال الحسن وقتادة، هي التي تختنق بحبل الصائد وغيره. (راد المسير ج ٢ ص ٢٧٩)

(٣) في ش، ح، ق، ط (أو الموقودة) بدل (الموقودة) والأولى أنسب للمعنى. والموقودة، هي التي تضرب حتى تشرف على الموت، ثم تترك حتى تموت. (راد المسير ج ٢ ص ٢٧٩).

(٤) في ش، ح، ق، ط، أ (أو المتردية) بدل (المتردية) والأولى أنسب للمعنى. والمتردية، الواقعة من جبل، أو حائط أو في بئر. (زاد المسير، ج ٢ ص ٢٨٠).

(٥) في ش، ح، ق، ط (أو النطيحة) بدل (و النطيحة) والأولى أنسب للمعنى. والنطيحة التي تنطحها شاة أخرى، أو بقرة. (زاد المسير ج ٢ ص ٢٨٠).

(٦) (أو الذي شق السبع) سقط من ز، ح، ق، ط، أو إثباتها أفصل لاكتمال الأنواع المذكورة في الآية: ٤ في سورة المائدة. وفي ش (بقر الذئب) وفي ق (بقر الذئب معها) بدل (شق السبع) والمعنى واحد مع هذه الألفاظ

(٧) في ش، ح، ق، ط، أ زيادة (إنما) ولا تؤثر في تغيير المعنى

(٨) أي أنها تحل إذا كانت بحال تعيش أكثر يوم

(٩) في ز (اليوم) بدل (يوم) والمعنى معهما واحد.

(١٠) في ز، ق، (لولاها) بدل (لولا الذكاة) والثابتة أفصل؛ لأنها أوضح.

وعن محمد: أنه إذا بقي من حياتها أكثر من حياة من قطعنا^(١) أوداعه،
تحل^(٢).

لمحمد: إذا كان بهذه الصفة يتيقن أنها زالت^(٣) بالقطع الذي هو ذكاة.

لأبي يوسف: أن أكثر الشيء بمنزلة كله، واليوم زمان معتبر، فيعتبر أكثره
وجه رواية أبي حنيفة: أنه إذا كان بحال يموت سرعة لا يُدْرَى أنه مات
بالذكاة، أو بما أصابه، فيدخل الشك في الحل، فيعتبر فيه زمان مدبد، وهو
يوم كامل.

وجه ظاهر الرواية: قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا دَكَّيْتُمْ﴾^(٤) مطلقاً وقوله ﴿وَالذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَةِ وَاللَّحْيَيْنِ﴾^(٥) وقد وجد.

١٣٧٢ - قال (أبو حنيفة): عروق الدبح أربعة: الحلقوم، والمريء، والودجان.

وعند أبي حنيفة: إذا قطع ثلاثاً منها - أي ثلاثة كان - حل.

وعن أبي يوسف: ثلاث روايات.

أحدها: هذه.

والثانية: أنه يشترط^(٦) الحلقوم، وآخرين^(٧).

(١) في ز، ق (ما قطعت) وفي ح، ط، أ (من قطعت) بدل (من قطعاً) والثانية والثالثة تؤيد
إلى المعنى المراد.

(٢) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٥. وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٩٧.

(٣) في ط (يتيقن أنها مانت) بدل (يتيقن أنها زالت) والمعنى معهما واحد.

(٤) سورة المائدة: ٣.

(٥) ورواه الدارقطني عن أبي هريرة أن رسول الله - ﷺ - بعث بديل بن ورقاء الخزاعي على
جمل أوردق يصيح في فجاج منى: «ألا أن الذكاة في الحلق واللبة...» كتاب الأشربة
وغيرها باب اتخاذ الخل من الخمر، حديث رقم ٤٥، ج ٤ ص ٢٨٣. وفيه سلام الحضرة.
كذب ابن نمير، وقال البخاري، يذكر بوضع الحديث، وقال السائي بصري صنف. وقد
أحمد بن حنبل: كذاب، وقال الدارقطني: يحدث بالباطيل متروك. (التعليق المضي على
سنن الدارقطني ج ٤ ص ٢٨٣).

ورواه البيهقي موقوفاً على عمر بن الخطاب، وابن عباس، كتاب الصحاح، باب تذكرة
في المقدور عليه ما بين اللبة والحلق ج ٩ ص ٢٧٨.

(٦) في ق، ط زيادة (قطع) وهي توضيح المعنى.

(٧) في ق (والودجين) بدل (وآخرين) والثانية أفضل، لأنها تناسب المعنى المراد.

والثالثة: أن يشترط قطع الحلقوم والمرئ، وإحدى^(١) الودجين.
 وعن محمد: لا بد من قطع أكثر^(٢) كل واحد من هذه الأربعة^(٣).
 لمحمد: أن الكل أصول، ولا يوب أحد الودجين عن الآخر؛ لأنه مثله
 لأبي يوسف على الرواية الثانية: أن الحلقوم أعظمها، فكان أصلاً، فلا بد
 منه.
 وعلى الرواية الثالثة: أن أحد الودجين من جنس الآخر، فيكتفى بأحدهما.
 لأبي حنيفة: أن الكل في باب الذكاة سواء^(٤)، لأن قطعهما سب لإنهار الدم
 الذي هو الركن^(٥) في الذكاة^(٦)، فإذا وجد الثلاث - وهو والأكثر من الكل -
 يقوم مقام الكل.

-
- (١) في ش، ح، أ (واحد) بدل (واحدى) والأولى أنسب؛ لأن الودجين لفظ مذكر.
 (٢) في ق، ط (الأكثر من) بدل (أكثر) والمعنى واحد معهما
 (٣) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٧٦٧، والمبسوط ج ١٢ ص ٢، ٣. وفتح القدير والنهاية ج ٨
 ص ٤١٣، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٩٠، ٢٩١.
 (٤) في ش، (على السواء) بدل (سواء) والمعنى معهما واحد.
 (٥) في ح، ز (ركن) بدل (الركن) والأولى أنسب للمعنى. وفي ق (وهو الركن) بدل (الذي
 هو الركن) والمعنى معهما واحد.
 (٦) قوله (لأن قطعهما ... إلى ... في الذكاة) سقط من ط وإتيانها أفضل لزيادة الإيضاح
 والتفصيل.

باب ما قاله زفر خلافاً لأصحابنا

١٣٧٣ - قال (زفر): رجلان زَمَيَا إلى صيد معاً، فوقع بالصيد سهم أحدهما قبل الآخر، ثم وقع سهم الآخر^(١)، فمات لا يحل أكله.

وعندنا: يحل أكله، وهو للأول^(٢).

له: أن الأول أخرجه من أن يكون صيداً، وقد مات بجرحين، وجرح الثاني ذكاة اضطراراً^(٣) بعد ما خرج من كونه صيداً، وشرطه^(٤) ذكاة الاختيار^(٥) فاجتمع المبيح، والمحرم، فيحرم، كما لو تعاقبا في الرمي والإصابة.

لنا: أنهما إذا رميا معاً، فقد اجتمع الفعلان في حال كونه صيداً، والذكاة هو الفعل، وقد وجد من كل واحد منهما ذكاة الاضطرار في الصيد، فيحل، وهو للأول؛ لأنه أول محرز^(٦)

١٣٧٤ - قال: (زفر): إذا رمى خنزيراً، أو ذئباً، أو أسداً فأصاب صيداً، وقد كان سمي عبد الرمي؛ لم يحل أكله.

وعندنا: يحل^(٧).

له: أنه رمى إلى مالا يؤكل لحمه^(٨) وهو ليس بذكاة، فصار كما لو رمى إلى

(١) في ش، ز، ق (الثاني) بدل (الآخر) والمعنى معهما واحد.

(٢) انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٥٠، والبدائع ج ٦ ص ٢٨٠١.

(٣) في ق، ط (اضطراري) بدل (اضطرار) والثانية أسب للسياق.

(٤) في ش، ط (وشرط) وفي ق (والشرط) بدل (وشرطه) والثانية والثالثة تؤديان إلى المعنى المراد.

(٥) في ز، ط (الاختياري) بدل (الاختيار) والثانية أنسب للسياق والمعنى

في ق زيادة (له) ولا تؤثر في تغيير المعنى

(٦) في ش زيادة (أكله) وتوضح المعنى أكثر. انظر البدائع ج ٦ ص ٢٨٠٤، والنسبة ج ٩ ص

٦١٠، وفتح القدير ج ٩ ص ٥٦. وتبيين الحقائق، وحاشية الشنسي ج ٦ ص ٥٦ والمبسوط ج ١٢ ص ١٢.

(٨) (لحمه) سقطت من ش، ز، ط، ولا يتغير المعنى سقوطها.

آدمي أو كلب .

لنا . أنه رمى إلى صيد^(١) فيصير فعله ذكاة ، بخلاف الكلب والادمي ، لأنه ليس بصيد .

١٣٧٥ - قال (زفر) : إذا غصب شاة وضحي بها ، ثم ضمن قيمتها ؛ لم تُخر عن الأضحية .

وعندنا : تصح^(٢) .

له : أنها لم تكن له ملكًا^(٣) عند التضحية .

لنا : أنه مِلْكٌ^(٤) بأداء^(٥) الضمان ، مستندًا إلى الوقت لما عرف^(٦) .

(١) في ز ، ش ، ح ، ق ، ط ، أ زيادة (فأصاب صيدًا) وهي نوصح المعنى أكثر .

(٢) في ش ، ز (تجوز) بدل (تصح) وتؤيدان إلى نفس المعنى . انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٧ ، والدائع ج ٦ ص ٢٨٤٩ . والبنية ج ٩ ص ١٧٧ ، وحاشية الشلبي على نيسر الحقائق ج ٦ ، ص ٩ .

(٣) في ش ، ز ، ط ، (ملكًا له) بدل (له ملكًا) والمعنى واحد . وفي ق (أنه لم يكن ملكًا) بدل

(أنها لم تكن له ملكًا) والثانية أفضل لاشتغالها على ضمائر التأنيث الدالة على انشاء

(٤) في ز ، ق ، ط (ملكه) بدل (ملك) والصحيح (ملكها) لأن المراد هو الشاة .

(٥) في ط (عند أداء) بدل (بأداء) والمعنى واحد .

(٦) انظر (المختلف ، الورقة ١٥٢) .

باب ما قاله الشافعي خلافا لقول علمائنا

١٣٧٦- قال (الشافعي): متروك التسمية عامداً^(١)، يحل أكله.
وعندنا: لا يحل^(٢).

- (١) في ق (عمداً) بدل (عامداً) والمعنى معهما واحد.
- (٢) واختلف الفقهاء في التسمية على الذبيحة فالشافعية يرون أنها منة، وإن تركها عامداً، أو ساهياً فإنها تحل. وأما المالكية فقالوا كقول الحنفية بأن التسمية فرض مع الذكر، ساقطة مع النسيان، ومن المالكية من قال: لا يضر المسلم ترك التسمية عامداً ولا ناسياً؛ لأنه ذبح بملكه ودينه، والصحيح من المذهب عند الحنابلة بأن التسمية تسقط، لا عمداً، كما هو قول الحنفية والمالكية وهناك أقوال أخرى عدهم أنها تباح بترك التسمية عمداً، أو سهواً، وفي قول أنها لا تحل سواء تركت عمداً، أو سهواً. واحتج القائلون بإباحة الذبيحة مع ترك التسمية عمداً، أو سهواً بقول تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلَيْتُكُمْ وَالَّذِي...﴾ إلى قوله: ﴿إِلَّا مَا دَكَّيْتُمْ﴾ سورة المائدة: (٣) فهو أباح المذكي، ولم يذكر التسمية، ويقول تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَلَيْنُ الْأَوَّابَ الْكِتَابَ جَلَّ لَكَزُ﴾ سورة المائدة: (٥). أباح ذبائحهم، ولم يذكر التسمية ويحدث عائشة: «بارسول الله إن قومنا حديثوا عهد بالجاهلية يأتون بلحمان لا نلري أذكروا اسم الله عليه، أم لم يذكروا فنأكل منها؟ فقال رسول الله - ﷺ -: «سموا وكلوا» روى البخاري، كتاب الذبائح، باب ذبيحة الأعراب ونحوهم، ج ٧ ص ١٢٠. كما روى أبو داود والنسائي، وابن ماجه بأسانيد صحيحة كلها - كما ذكر النووي في المجموع ح ٨ ص ٣١٢ - وردوا على من احتج بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ حَتَّى تَسْكُنُوا مَسَاجِدَ اللَّهِ﴾ سورة الأنعام: ١٢١. بأن المراد ما ذبح على الأصنام، ولذلك قال بعد ذلك: «وإنه لقس» والأمة أجمعت بأن من أكل متروك التسمية ليس بقاسق، فتحمل الآية على هذا.
- وأما القائلون بوجوب التسمية فاحتجوا بالآية السابقة ويحدث عدي بن حاتم الطائي أن رسول الله - ﷺ - قال: «إذا أرسلت كلبك وسميت فكل» روى البخاري كتاب الذبائح والصيد، باب صيد المعراض، ج ٧ ص ١١١. ومسلم كتاب الصيد والذبائح. باب الصيد بالكلاب المعلمة، حديث رقم ٨ ص ١٥٣٢. واحتج القائلون بسقوطها، بالسهر ما رواه سعيد بن منصور عن شداد بن سعد مرفوعاً: «ذبيحة المسلم حلال، وإن لم يسم إذا لم يتعمده». ورواه البيهقي مرفوعاً على ابن عباس، كتاب الصيد والذبائح، باب من ترك التسمية، وهو ممن تحل ذبيحته، ج ٩ ص ٢٣٩، ٢٤٠، وبالنصوص الواردة، في رفع الخطأ، والسيان عن المسلمين. (انظر البناية ج ٩ ص ١٦ وما بعدها. وفتح القدير ج ٨

له: قوله - ﷺ - [حين] ^(١) سئل عمن يتركها ^(٢): «كلوه فإن تسمية الله تعالى في قم كل امرئ مسلم» ^(٤).
لنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ ^(٥) نهني، والسهي للتحريم. والحديث محمول على الترك ناسياً، وقد عرف ^(٦).
١٣٧٧. قال (الشافعي): جميع حيوان ^(٧) الماء مأكول.
وعندنا: لا يحل إلا السمك ^(٨).

له: قوله - ﷺ -: «في البحر: هو الطهور ماؤه، الحل ميتته» ^(٩). وعن أبي

ص ٤٠٩، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٧٨، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٨٧، والمفني ج ٢ ص ٥٤٢، وشرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٤٠٨، والإنصاف ج ١٠ ص ٤١١، والمجموع ج ٨ ص ٣١٢. ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٧٢، ومداية المحتهد ج ١ ص ٣٨٤، والكافي لابن عبد البر ج ١ ص ٤٢٨

- (١) سقط من بين القوسين من الأصل، والمعنى لا يستقيم بدونها.
- (٢) في ز، ق، ط (تركها) بدل (يتركها) والمعنى معهما واحد.
- (٣) في ق، ط (قلب) بدل (قم) ولم أجده بأي من النقطين
- (٤) رواه البيهقي عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى النبي - ﷺ - فقال: يا رسول الله: أرايت الرجل ما يذبح وينسى أن يسمي؟ فقال النبي - ﷺ -: «اسم الله على كل مسلم» وقال البيهقي: هذا الحديث منكر بهذا الإسناد كتاب الصيد، والذبائح، ج ٩ ص ٢٤٠، وقال النووي: فهذا حديث منكر، مجمع على ضعفه. (المجموع ج ٨ ص ٣١٢).
- (٥) سورة الأنعام: ١٢١.

- (٦) في ق، ط زيادة (تمامه في طريقة الخلاف) وهي توضح مكان ورود الخلاف.
- (٧) في ش، ز، ق، ط (حيوانات) بدل (حيوان) والمعنى معهما واحد.
- (٨) انظر البدائع ج ٦ ص ٣٧٥٢، والسناية ج ٩ ص ٩٣، وما بعده وفتح القدير ج ٨ ص ٤٢٢، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٩٦. ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٩٧، وفتح الوعد ج ٢ ص ١٩١، ولكن عند الشافعية إذا كان الحيوان يعيش في البر والبحر كالضفدع، والسرطان، والحية، والتمساح، والسلحفاة فإنه يحرم.
- (٩) رواه أبوداود، كتاب الطهارة، باب الوضوء بماء البحر، حديث رقم ٨٣، ج ١ ص ٢١، والترمذي أبواب الطهارة، باب ما جاء في ماء البحر أنه طهور، حديث رقم ٦٩، ج ١ ص ١٠٠، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. والنسائي، كتاب الطهارة، باب ماء البحر، حديث رقم ٥٩، ج ١ ص ٥٠، وابن ماجه، كتاب الطهارة وسنها، باب الوضوء بماء البحر، حديث رقم ٣٨٦، ج ١ ص ١٣٦. والدارمي في كتاب الطهارة، باب الوضوء

بكر الصديق - رضي الله عنه - أنه قال^(١): «كل دابة في البحر مذكاة بذكاة»^(٢)
الله تعالى»^(٣)

لنا: أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع السرطان^(٤)، وقتل الضفدع، وعن الأدوية
التي يصنع فيها الضفدع^(٥)، ولأن الكلب البري، والخنزير البري لا يؤكل.
فكذا البحري؛ لأنها واحد.

١٣٧٨- قال (الشافعي): السمك الطافي يحل.
وعندنا: لا يحل^(٦).

له: قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ * وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ﴾^(٧) وروي عن
أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - أنه كان لا يرى بأكل الطافي بأساً^(٨).

-
- من ماء البحر، ج ١ ص ١٨٥ والحاكم في مستدركه ج ١ ص ١٤٠
- (١) (أنه قال) سقط من ش، ز، ق، والمعنى لا يتغير بسقوطه. و (أنه) سقطت من ح والمعنى لا يتغير بسقوطها.
- (٢) في ق (ذكاها) وفي ط (ذكاة) بدل (بدكاة) انظر التخريج.
- (٣) رواه البيهقي عن أبي بكر بلفظ: «ما في البحر من شيء إلا قد ذكاه الله لكم» ولفظ «إن الله ذبح لكم ما في البحر، فكلوه فإنه ذكي» كتاب الصيد والذبائح، باب الحيوان وميته، البحر ج ٩ ص ٢٥٢.
- (٤) قال الميمني: ليس بموجود في الكتب المشهورة في الحديث وليس له أصل. (البنية ج ٩ ص ٩٥) وقال الزيلعي: غريب جداً. (نصب الراية ج ٤ ص ٢٠١).
- (٥) حديث النهي عن قتل الضفدع واتخاذها دواء، رواه أبوداود كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، حديث رقم ٣٨٧١، ج ٤ ص ٧ والنسائي في كتاب الصيد، باب الصمدع، حديث رقم ٤٣٥٥، ج ٧ ص ٢١٠ والحاكم في الطب، باب السهي عن قتل الضفدع، ج ٤ ص ٤١١.
- (٦) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٧٥٣، والبنية ج ٩ ص ٩٧، فتح القدير ج ٨ ص ٤٢٢، ونيسر الحقائق ج ٥ ص ٢٩٦، رمغني المحتاج ج ٤ ص ٢٦٧.
- (٧) المائدة: ٩٦.
- (٨) في ط (لا يرى بأساً بأكل الطافي) بدل (لا يرى بأكل الطافي بأساً) والمعنى واحد. والحديث رواه البيهقي عن أبي بكر بلفظ: «السمكة الطافية حلال لمن أراد أكلها» كتاب الصيد والذبائح، باب ما لفظ البحر، وطفاً من ميتة. ج ٩ ص ٢٥٣.

ولأنه لا يشترط فيه^(١) الذكاة؛ فيحل كيفما كان، كالجراد.
لنا: قوله - ﷺ -: «ما لفظه البحر فكل، وما نضب عنه الماء فكل، وما طفا
فوق الماء فلا تأكل»^(٢).

وأما الآية قلنا: الصيد هو: الاصطياد، والطعام ما لفظه البحر.
١٣٧٩. قال (الشافعي): الكلب المعلم إذا أخذ الصيد بإرسال صاحبه، ثم أكل
بعضه حالة الاصطياد، لا^(٣) يحرم - وهو قول مالك -..
وعندنا: يحرم^(٤).

له: قول بعض الصحابة: «وإن بقي منه رجل فكل»^(٥)، ولأنه أكل
الاصطياد^(٦)، فلا يحرم بأكله^(٧)، كالباري.

(١) في ط (فيهما) بدل (فيه) والثانية أنسب للسياق.

(٢) رواه أبو داود عن حابر بن عبد الله مرفوعاً بلفظ: «ما ألقى البحر أو حزر عنه فكلوا، وما
مات فيه وطفاً فلتأكلوه» كتاب الأطعمة، باب في أكل الطافي من السمك، حديث رقم
٣٨١٥، ج ٣ ص ٣٥٨، ورواه ابن ماجه، كتاب الصيد، باب الطافي من صيد البحر،
حديث رقم ٣٢٤٧، ج ٢ ص ١٠٨٢، والبيهقي، كتاب الصيد والذبائح، باب من كره
أكل الطافي، ج ٩ ص ٢٥٥، وقال في الهامش في سنن ابن ماجه: قال الدميري، هو
حديث ضعيف باتفاق الحفاظ لا يجوز الاحتجاج به، فإنه من رواية يحيى بن سليم الطائفي.
ج ٢ ص ١٠٨٢.

(٣) في ش (ولا) بدل (لا) والثانية أنسب للسياق.

(٤) انظر المسوط ج ١١ ص ٢٢٣، والبنية ج ٩ ص ٥٨٦، وفتح القدير ج ٩ ص ٤٩،
وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٥٢. والصحيح عند الشافعية أنه يحرم أكله، (مفني المحتاج ج ٤
ص ٢٧٥ والأم ج ٢ ص ٢٢٧، وفتح الرواب، ج ٢ ص ١٨٦)

(٥) رواه البيهقي عن سعد بن أبي وقاص، وابن عمر، وسلمان الفارسي، وأبي هريرة بلفظ:
«كل وإن أكل نصفه» بلفظ: «إذا أرسلت كلبك المعلم فأكل نكبه وبقي نكبه فكل ما بقي».
كتاب الصيد والذبائح، باب المعلم يأكل من الصيد الذي قد قتل، ج ٩ ص ٢٣٧. كما
رواه أيضاً ابن أبي شيبة عن هؤلاء في مصنفه، كتاب الصيد، باب من رخص في أكله، ج
٥ ص ٣٥٨.

(٦) في ش، ق (للاصطياد) بدل (الاصطياد) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ش (أكله) بدل (بأكله) والثانية أنسب للمعنى والسياق.

لنا: قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾^(١) [شرط]^(٢) الإمساك علينا، ولم يوجد، وقول ابن عباس - رضي الله عنهما - في الكلب^(٣) يقتل الصيد، فيأكل منه: «لا تأكل منه»^(٤).
وهذا بخلاف البازي، فإنه^(٥) لا يقتل بالصر^(٦) والتعليم على وجه يمسك على^(٧) صاحبه، [والكلب]^(٨) يحتمل ذلك.
١٣٨٠- قال (الشافعي): الضع، والثعلب يؤكلان.
وعندنا: لا يؤكلان^(٩).

له: قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا آيِدُ فِي مَآ أَوْحَىٰ إِلَيَّ مُحَرَّمًا...﴾^(١٠) الآية: وهذا ليس بمذكور في الآية؛ فكان حلالاً، وعن جابر - رضي الله عن - أنه سئل عن الضبع: أصيد هو؟ قال: نعم. قيل أحلال هو؟ قال: نعم. قيل: أعز رسول الله - ﷺ؟ قال: نعم^(١١).

(١) سورة المائدة: ٤.

(٢) في الأصل (بشرط) والمعنى لا يستقيم بها.

(٣) في ز، ق، زيادة (الذي) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٤) (منه) سقطت من ط، وليست في الرواية التي وجدتها، فقد رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الصيد، باب ما قالوا في الكلب يأكل من صيده، عن ابن عباس قال: «إذا أرسلت كلبك، فأكل، فلا تأكل، فإذا أمسك على نفسه» ج ٥ ص ٣٥٥.

(٥) في ط (لأنه) بدل (فيه) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) في ح، ز، ط، ق (لا يقتل الضرب) بدل (لا يقتل بالضرب) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) (على) سقطت من ش، والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٨) في الأصل (والكل) وهو وهم من النسخ.

(٩) في ش (لا تؤكل) بدل (لا يؤكلان) والثانية أنسب للسياق. انظر المسوط ج ١١ ص ٢٢٥، والبنابة ج ٩ ص ٦٦، وفتح القدير ج ٨ ص ٤١٨، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٩٥، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٦٢، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٩٩، وفتح الوهاب ج ٢ ص ١٩١، والأم ج ٢ ص ٢٤٩.

(١٠) سورة الأنعام: ١٤٥.

(١١) رواه الترمذي، كتاب الحج، باب ما جاء في الضع بصيها المحرم، حديث رقم ٨٥١، ج ٣ ص ١٩٩، وقال الترمذي، هذا حديث حسن صحيح.

لنا: أن النبي - ﷺ - نهى عن أكل^(١) [كل]^(٢) ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير^(٣). وأما الآية، قلنا: زيد فيها سباع البر، وهذا من حديث جابر منسوخ بما روينا.
 ١٣٨١- قال (الشافعي): الضَّبُّ يؤكل.
 وعننا : لا يؤكل^(٤).

له: ما تلونا من النص، ولما روي: أن أعرابياً أهدى إلى النبي - ﷺ - ضَبًّا، فقال - ﷺ -: «كلوا، وأنا أعافه؛ لأنه ليس من طعام أهلي»^(٥).
 قال جابر - رضي الله عنه - «أكلنا في بيت ميمونة عند النبي - ﷺ - ضَبًّا»^(٦).

(١) في ش (لا يؤكل) بدل (أكل) والثانية هي الواردة في الرواية

(٢) سقط ما بين القوسين من الأصل، ز، والإثبات هو الصحيح لموافقة ما جاء في الرواية.

(٣) وراه البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب أكل كل ذي ناب من السباع. وليس فيه وذي مخلب من الطير، ج ٧ ص ١٢٤. ورواه مسلم عن ابن عباس: «أن رسول الله - ﷺ - نهى عن كل ذي ناب من السباع، وعن كل ذي مخلب من الطير» كتاب الصيد والذبائح، باب تحريم أكل، كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير، حديث رقم ١٦، ورواه مسلم أيضًا بلفظ البخاري حديث رقم ١٢، ١٣، ١٤، ج ٣ ص ١٥٣٣، ١٥٣٤. كما رواه أصحاب السنن الأربعة، والدارمي، وأحمد.

(٤) انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٣١. والبنية ج ٩ ص ٧٣، ٧٤. وفتح القدير ج ٨ ص ٤١٩، والعناية على هامش فتح القدير ج ٨ ص ٤١٩، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٥٥. وتبين الحقائق ج ٥ ص ٢٩٥، وانظر الأم ج ٢ ص ٢٥٠، ومغني المحتاج ج ٩ ص ٢٩٩، وفتح الوهاب ج ٢ ص ١٩١.

(٥) في ز، ق، ط (قومي) بدل (أهلي). والحديث رواه البخاري ومسلم بلفظ: «فقال خالد بن الوليد أحرام الضب، يا رسول الله؟ قال: «لا ولكنه لم يكن بأرض قومي فأجذني أعافه» البخاري في كتاب الذبائح، باب الضب، ج ٧ ص ١٢٥، ومسلم، كتاب الصيد والذبائح، باب إباحة الضب، ج ٣ ص ١٥٤٤، حديث رقم ٤٣، ٤٤. كما رواه مسلم بلفظ: «كلوا فإنه حلال، ولكنه ليس من طعامي». حديث رقم ٤٢.

(٦) لم أجده عن جابر بهذا اللفظ، والذي ورد عن جابر أنه نهى عن أكله وقذره. رواه البيهقي، كتاب الضحايا، باب أكل الضباب، ج ٤ ص ٢٠٠، ولكن أكل الضب في بيت ميمونة عند النبي - ﷺ - روى في الكتب الستة بألفاظ مختلفة، وطرق مختلفة أيضًا.

لنا: أنه من الخبائث - وهي حرام بالنص - وروى: أن النبي - ﷺ -: نزل مع أصحابه بأرض كثيرة، الضباب والقذور تغلي بها، فأمر النبي - ﷺ - بإكفاء^(١) ما في القذور، وقال: «إنها أمة مسخت»^(٢). وقال لعائشة - رضي الله عنها^(٣) - حين تصدقت بضرب: «أتطعمين مالا تأكلين»^(٤). وأما الآية، فحواياها مامر^(٥)، والحديث مسوخ.

١٣٨٢- قال (الشافعي): لو أبان^(٦) من الصيد الحي^(٧) أقل من النصف غير الرأس؛ يحل^(٨) المان.

وعندنا: لا يحل المان، ويحل الباقي^(٩).

له: أن الكل صار مذكي.

-
- (١) في ح (بالقاء) بدل (بإكفاء) والثانية هي الصواب لورودها في الرواية.
 - (٢) رواه الإمام أحمد، ج ٤ ص ١٩٦، ورواه الطبراني، وأبو يعلى والبراز، كلهم عن عبدالرحمن بن حسنة. (مجمع الروائد، كتاب الصيد والذبائح، ج ٤ ص ٣٧، وقال الهيثمي: ورجال لجميع رجال الصحيح).
 - (٣) في ق زيادة (وعن أبيها) وهي زيادة حسنة فيها ترض على أبي بكر.
 - (٤) رواه الطحاوي، كتاب الصيد، والذبائح، والأضاحي، ج ٤ ص ٢٠١. ورواه الإمام أحمد، ج ٦ ص ١٢٣. و رواه أبويعلي (مجمع الزوائد: كتاب الصيد والذبائح، ج ٤ ص ٣٧) وقال الهيثمي: ورجالهم أي أحمد وأبو يعلى - رجال الصحيح.
 - (٥) في ط (والجواب عن الآية مامر) بدل (وأما الآية فحواياها مامر) والمعنى واحد.
 - (٦) أي قطع.
 - (٧) في ح (إلى) بدل (أنحي) والمعنى واحد.
 - (٨) في ط زيادة (أكل) وهي توضيح المعنى.
 - (٩) انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٥٣، والنباية ج ٩ ص ٦٣٠، وفتح القدير ج ٩ ص ٦١، ٦٢، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٥٩.
- وأما عند الشافعية إذا أبان العضو بحرح مذفف - أي مسرع للقل - حل العضو والبدن، وإذا كان الحرح غير مذفف ثم ذبحه، أو حرحه حرحاً آخر مذففاً حرم العضو، وحل الباقي، فإن لم يتمكن من ذبحه رمات بالجرح؛ حل الجميع في قول، وفي قول: يحرم العضو. (مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٧٠، وفتح الوهاب ج ٢ ص ١٨٥، ١٨٦).

لنا: قوله - ﷺ - «ما أبين من الحي فهو ميت»^(١).

١٣٨٣- قال (الشافعي): إذا رمى صيِّداً، فعاب عن بصره، فأُتِمَّه، ولم يشغل بشيء آخر وجده قد مات؛ لا يحل - وهو القياس - وعندنا: يحل - وهو الاستحسان -^(٢).

له: قول ابن عباس - رضي الله عنه: «كل ما أضْمَيْت ودع ما أُنْمِيت»^(٣)، والإنماء لغة هذا، ولأنه يحتمل^(٤) أنه مات بالتردي^(٥)، وغيره^(٦).

لنا: أن القول بالتحريم في مثل هذا حرج؛ لأن الاصطلياد - غالباً - يكون في

(١) رواه أبو داود عن أبي واقد الليثي قال: قال النبي - ﷺ -: «ما قطع من الحي فهو ميت»، كتاب الصيد، باب في صيد قطع منه قطعة، حديث رقم ٢٨٥٨، ج ٣ ص ١١١، ورواه الترمذي بنمس اللفظ عن أبي واقد، كتاب الأطعمة، باب ما قطع من الحي فهو ميت، حديث رقم ١٤٨٠، ج ٤ ص ٧٤، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا يعرف إلا من حديث بن أسلم، والحاكم في المستدرک، كتاب الذبائح، باب ما قطع من البهيمة وهي حية، فهو ميت. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط البخاري، ولم يخرجاه. ج ٤ ص ٢٣٩.

(٢) من شرط الحنفية أن لا يتوارى الصيد عن بصره، وإذا توارى عن بصره لا يفد عن طلبة، فإن توارى عن بصره وترك طلبة لا يحل. انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٤٠، وانساية ج ٩ ص ٦١٥، وما بعدها. وانظر فتح القدير، والعناية، والكفاية وحاشية سعدى حلي، ج ٩ ص ٥٨، ٥٩، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٥٧.

وعند الشافعية إذا أصابه سهم فجرحه جرحاً يمكن إحالة الموت عليه، وعاب ثم وحده ميتاً فيه قولان: الأول: يحرم وهو الأظهر. والثاني: لا يحرم، وصححه البعوي وصاحب الروضة، والمجموع، وذلك للأحاديث الصحيحة التي ثبتت فيه. (مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٧٨، والمجموع ج ٩ ص ١٠٢ وما بعدها).

(٣) الإصماء: ما رأته، الإنماء: ما توارى عنك. (فتح القدير ج ٩ ص ٥٩، وقال في هامش نسخة ز: الإصماء ما يكون شاهداً له، والإنماء ما يكون غائباً عنه. (الورقة ١٨١) والأثر عن ابن عباس رواه البيهقي، كتاب الصيد والذبائح، باب الإرسال على الصيد يتردى عك ثم نجده مقتولاً، ج ٩ ص ٢٤١. وضعف النووي هذا الأثر. (المجموع ج ٩ ص ١٠٢).

(٤) في ز (شك) بدل (يحتمل) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ق (من التردد) بدل (بالتردي) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) في ط (أو بشيء آخر) بدل (وغیره) والمعنى معهما واحد.

المشاحر^(١) فكان البادي^(٢) غالبًا، فأحللناه إذا لم يقعد عن طلبه - للضرورة -
ولا ضرورة فيما^(٣) إذا^(٤) اشتغل بعمل آخر.

١٣٨٤- قال (الشافعي): إذا أرسل كلبه على صيد، ولم^(٥) يأخذه، فأخذ غيره، إن
عدل يمينه ويساره^(٦)؛ لا يحل؛ لأنه أخذه من^(٧) غير إرسال، وإن ذهب
على^(٨) سنه، لا يحل أيضًا عند الشافعي - وهو قول^(٩) مالك.
وعندنا: يحل^(١٠).

له: أن الإرسال شرط، وقد أخذ غير ما أرسل إليه.
لنا: أن الشرط هو الإرسال المطلق بالنص^(١١). فلا تجوز الزيادة عليه،
والتعيين زيادة^(١٢).

١٣٨٥- قال (الشافعي): الولد المولود بين أبوين، أحدهما كتابي، والآخر غير
كتابي، لا يحل صيده^(١٣).

-
- (١) في ش، ق زيادة (والبراري) وهي تضيف معنى جديدًا.
(٢) في ش، ز (التردي) وفي ق، ط (التواري). وفي ح، أ (النادي) بدل (البادي) (والتواري)
أنسب للمعنى هنا.
(٣) في (فيها) بدل (فيها) والمعنى معهما واحد.
(٤) (إذا) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لاستقامة المعنى.
(٥) في ش، ز، ق، ط (فلم) بدل (ولم) والمعنى واحد.
(٦) في ش، ز، ح، ق، (يعنه أو يسره) وفي ط، أ (يعنه ويسره) بدل (يمينه ويساره).
والأولى أنسب للمعنى والسياق.
(٧) في ط (من) بدل (من) والثانية أنسب للمعنى.
(٨) في ش، ق، ط، (من) بدل (على) والثانية أنسب للمعنى.
(٩) في ز، ش، ق، ط (وعند) بدل (وهو قول) وتؤيدان إلى معنى واحد.
(١٠) في ز زيادة (أكله) وهي توضح المعنى. انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٤٠، والدائع ج ١ ص
٢٧٨٨، ٢٧٩٩ والصحيح من المذهب عند الشافعية أنه يحل أكله إذا لم يعدل إلى جهة
أخرى. (المجموع ج ٩ ص ١٠٦، ١٠٧).
(١١) في ق، ط زيادة (دون التعيين) وتؤدي إلى زيادة وضح المعنى.
(١٢) في ق زيادة (عليه) ولا تؤثر في تغيير المعنى. وقوله (والتعيين زيادة) سقط من ط، وإثباتها
أفضل لإيضاح المعنى أكثر.
(١٣) في ط زيادة (عنده) ولا معنى لهذه الزيادة.

وعندنا: يحل^(١).

له: أنه اجتمع المبيح، والمحرّم، فيحلب^(٢) المحرّم^(٣).

لنا: أن الكتابي أقرب إلى الإسلام، والولد يتبع خير الأبوين ديناً، ولهدا كان^(٤) مسلماً بإسلام أحدهما.

١٣٨٦- قال (الشافعي): ما جرح من الحديد، والعود، والقصب^(٥) إذا كان محدثاً.

جاز الذبح، وجرح الصيد به. وقوله - ﷺ -: «ما أنهر الدم، وأفرى الأوداج فكل، ما خلا السن، والظفر، والعظم فإنها مدي الحيشة»^(٦).

فإن كان^(٧) الظفر والسن متزوعاً، لا يجوز عنده أيضاً.

وعندنا: يجوز، ويحل به^(٨).

له: آخر^(٩) ظاهر^(١٠) ما روينا من الحديث، من غير فصل.

(١) في ق زيادة (صيده) وهي توضيح المعنى أكثر. انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٤٦، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٧٧. وللشافعية في هذا قولان: أصحهما: حرام. (المجموع ج ٩ ص ٦٥).

(٢) في ز (ليترجج) بدل (فيحلب) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ق زيادة (على السيج) وهي تزيد المعنى وضوحاً.

(٤) في ط زيادة (الولد) وهي توضح المعنى.

(٥) في ز، ط، ق زيادة (والحجر) وهي زيادة تضيف معنى جديداً.

(٦) رواه البخاري عن رافع بن خديج أن رسول الله - ﷺ - قال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل، ليس الظفر والسن، أما الظفر فمدي الحيشة، وأما السن فعظم...» كتاب الذبائح والصيد، باب ما أنهر الدم من القصب والمرّة والحديد. ج ٧ ص ١١٩، ومسلم بلفظ البخاري، كتاب الأضاحي، باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم، إلا السن والظفر، وسائر العظام. حديث رقم ٢٠، ج ٣ ص ١٥٥٨، وأما الحديث الذي ذكر المؤلف فقد قال ابن حجر: لم أحده هكذا، بل هو معلق من حديثين. (الدرية ج ٢ ص ٢٠٧) وقال الزيلعي: هو معلق من حديثين. (نصب الراية ج ٤ ص ١٨٦). وكذلك قال العيني، (البنية ج ٩ ص ٤٢).

(٧) (كن) سقطت من ش. والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٨) المبسوط ج ١٢ ص ٤٢، البدائع ج ٦ ص ٢٧٦٩، والبنية ج ٩ ص ٤١، ٤٢، وفتح القدير ج ٨ ص ٤١٤، ٤١٥، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٩١، والمجموع ج ٩ ص ٧٠، ٧١، معي المحتاج ج ٤ ص ٢٧٣.

(٩) (آخر) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

(١٠) (ظاهر) سقطت من ق، والمعنى واضح بدونها. في ز (أه آخر) بدل (آخر ظاهر) والكتب

لنا : أول هذا الحديث، وهذا يفري الأوداح، وينهر الدم، والمراد من آخره: غيره المنزوع؛ لأنه يموت^(١) خلقًا، لا جرحًا. ولأنه سماء، مدى الحشنة، وهم لا يقرمون الأظفار، ويحددون الأسنان، ويقاثلون بالخدش، والعض.

وروي عن أبي يوسف: أن الذبح بالسن منهي عنه.

وعندنا: هو محمول على الاستحباب، والاستحسان، بدليل قوله - ﷺ - «أنهر الدم بما شئت»^(٢).

١٣٨٧- قال (الشافعي): إذا ترك قطع الودجين، وقطع غيرهما، يحل.

وبين علمائنا الثلاثة^(٣) خلاف من وجه آخر على ما مر^(٤).

له: أن إزالة الحياة، وإنهار الدم، يحصل بدونه.

لنا: أن الحكم معلق^(٥) بقطع العروق التي هي عروق الدم^(٦)، لا بحقيقة الإنهار، والودجان أصل في ذلك.

١٣٨٨- قال (الشافعي): [الكلب]^(٧) المعلم لا قيمة له، ولا يجوز بيعه، ولا يضمن مثله.

أنسب للمعنى.

(١) في ح، ق، ط، أ زيادة (به) وهي توضح المعنى أكثر.

(٢) رواه أبو داود عن عدي بن حاتم مرفوعًا بلفظ: «أمر الدم بما شئت»... كتاب الأضاحي، باب في الذبيحة بالمرورة، حديث رقم ٢٨٢٤، ج ٣ ص ١٠٣، والحاكم في المستدرک بلفظ: «أمر الدم بم شئت»... وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، ج ٤ ص ٢٤٠، واليهقي بلفظ أبي داود، كتاب الضحايا، باب الذكاة بما أنهر الدم، ج ٩ ص ٢٨١، ورواه أحمد في مسنده مرفوعًا بلفظ: «أنهروا الدم بما شئتم»... ج ٤ ص ٢٥٨، ومن قوله (وروي عن أبي يوسف... إلى... بما شئت) سقط من ش، ز، ق، ط والأفضل إثباتها لزيادة التفصيل.

(٣) (الثلاثة) سقطت من ق ز وإثباتها وعدمه سواء.

(٤) انظر المجموع ج ٩ ص ٧٣، ومغني لمحتاج ج ٤ ص ٢٧٠، (والمسألة ج ١٣٧٢)

(٥) في ز (تعلق) بدل (معلق) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ز، ق، ط (يقطع عروق الدم) بدل (يقطع العروق التي هي عروق الدم) والمعنى معهما واحد.

(٧) في الأصل (الكل) وهو وهم من التاسخ.

وعندنا: له قيمة^(١).

له: نهى النبي - ﷺ - عن ثمن الكلب^(٢).

لنا: إنه حيوان مستفيع به^(٣) فأشبهه الحمار، والحديث محمول على غير المعلم ١٣٨٩- قال (الشافعي): الأصحية سنة^(٤) غير واجبة.

وعندنا: (٥) واجبة^(٦).

له: قوله - ﷺ -: «ثلاث كُتِبَتْ عَلَيَّ، ولم تكتب عليكم: الأصحية، والوتر، وقيام الليل»^(٧). وعن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما -^(٨) كنا لا يضحيان سنة، وسنتين مخافة أن يراها الناس^(٩) واجبة.

(١) انظر المبسوط ج ١١ ص ٢٣٤، والمجموع ج ٩ ص ٢١٣ - ٢١٥. ومغني المحتاج ج ٢ ص ١١، والبدائع ج ٧ ص ٣٠٧٣.

(٢) رواه البخاري كتاب البيوع، باب موكل الرباء ج ٣ ص ٧٨، ومسلم كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب، وحلوان الكاهن، ومهر البغي، حديث رقم ٣٩، ج ٣ ص ١١٩٨.

(٣) في ق زيادة (حقيقة) وهي تؤكد المعنى.

(٤) (سنة) سقطت من ط، وإثباتها أفضل لمعرفة تفاصيل الحكم، والصحيح أنها عند الشافعية سنة مؤكدة.

(٥) في ط زيادة (هي) ولا أثر لها في المعنى.

(٦) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٨، والبدائع ج ٦ ص ٢٨١٥، والنهاية ج ٩ ص ١٠٧، وفتح القدير ج ٨ ص ٤٢٥، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢، وذكر الطحاوي أن عند أبي يوسف ومحمد: ليست بواجبة، ولكنها سنة، غير مرخص لمن وجد السبيل إليها في تركها، مختصر الطحاوي ص ٣٠٠، (وانظر الأم ج ٢ ص ٢٢١، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٨٢، والمجموع ج ٨ ص ٢٨٢، وما بعدها).

(٧) رواه الحاكم بلفظ: «ثلاث من عليّ فرائض، ولكم تطوع: النحر، والوتر، وركعتا الفجر» ج ١ ص ٣٠٠، وسكت عنه. رواه البيهقي بلفظ: «ثلاث من عليّ فرائض ولكم تطوع: النحر، والوتر، وركعتا الضحى»، كتاب الضحايا باب الأصحية سنة بح لزومها، ونكره تركها. ج ٩ ص ٢٦٤. وضعف النورى هذا الحديث. (المجموع ج ٨ ص ٢٨٦).

(٨) في ق، ط، ز زيادة (أنهما) وهي توضح المعنى.

(٩) (الأساس) سقطت من ق وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى، والأثر رواه البيهقي، كتاب الضحايا، باب الأصحية سنة بح لزومها، ونكره تركها ج ٩ ص ٣٦٥.

لنا قوله - ﷺ -: «من ذبح قبل الصلاة، فليعد، فإنما هي شاة لحم»^(١).
 أمر^(٢) بالإعادة، والأمر للوجوب^(٣). وما روى معناه: لم يفرض^(٤) عليكم.
 وعندنا^(٥). واجبة وليست بفرض^(٦). وأما حديث أبي بكر وعمر، قلنا: كنا
 لا يضحيان حال عدم الغنى^(٧)؛ لأنه لا يظن بهما ترك السنة من غير عذر^(٨).

(١) رواه البخاري بلفظ: «من ذبح قبل الصلاة فليعد مكانها أخرى، ومن لم يذبح فليذبح»
 كتاب الأضاحي، باب من ذبح قبل الصلاة أعاد ج ٧ ص ١٣٢. ورواه مسلم بلفظ
 البخاري، وبالألفاظ أخرى، كتاب الأضاحي، باب وقتها، من حديث رقم ١ - ١٢. ج ٣
 ص ١٥٥١، وما بعدها.

(٢) في ش زيادة (النبي ﷺ) وهذه الزيادة توضح الأمر. وفي ق (أمرنا) بدل (أمر) والمعنى
 معهما واحد.

(٣) في ش، ق، ط، زيادة (وقال - ﷺ -: «ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم» وقال ﷺ: «من
 وحد سعة فلم يضح، فلا يقرن مصلاتاه والوعيد لا يستحق إلا بترك الواجب) وهذه الزيادة
 تقوى الحجة، والحديث الأول رواه البيهقي عن زيد بن أرقم مرفوعاً، في كتاب الضحايا
 ج ٩ ص ٢٦١. والحديث الثاني: أخرجه ابن ماجة، كتاب الأضاحي، باب الأضاحي
 واجبة أم لا، والحاكم في المستدرک، كتاب الأضاحي، باب التويخ، لمن كان له مال فلم
 يضح، ج ٤ ص ٢٣٢، وقال الحاكم، هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه،
 والدارقطني في كتاب الأشربة وغيرها، باب الصيد والذبائح والأطعمة، ج ٤ ص ٢٧٧،
 حديث رقم ٣٥.

(٤) في ز (يفترض) بدل (يفرض) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) في ز، ش، ق، ط زيادة (هي) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٦) في ط (بفريضة) بدل (بفرض) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ط زيادة (وقد كان رزقهما من بيت المال قدر الكفاف) وهذه الريادة توضح المعنى
 أكثر.

(٨) في ز، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة توضح مكان ورود
 الخلاف هذا (انظر المختلف الورقة ١٥٢).

باب جوابات مالك

١٣٩٠- قال (مالك): إذا ترك شيئاً من^(١) العروق [الأربعة]^(٢) لم يقطعه^(٣) في الذبيح؛ لا يحل^(٤).

وبين علمائنا خلاف من وجه آخر ذكرناه.

له: أن الكل أصل في ذلك. وجوابه ما مر^(٥).

١٣٩١- قال (مالك): متروك التسمية ناسياً لا يحل.

وعندنا: يحل^(٦).

له: ما تلونا من النص^(٧).

لنا: قوله - ﷺ -: «تسمية الله في فم^(٨) كل امرئ مسلم»^(٩).

وهذا في حق الناسي بإجماع الصحابة^(١٠).

١٣٩٢- قال (مالك): إذا ذبح ما ينحر، ونحرما يذبح، حرم^(١١).

(١) في ش (سائر) بدل (شيئاً من) والثانية أنب للمعنى وللسياق.

(٢) في الأصل (الأرية) وهو وهم من الناسخ.

(٣) في ش، ز ق، ط (بقطعها) بد (يقطعه) والثانية أنسب للمعنى وأوفق للأسلوب.

(٤) المشهور عند المالكية هو وجوب قطع الودجين واستيفائهما وأما الحلزوم فقد اختلف فيه

بين لمالكية هل يقطع كله أم بعضه؟ البعض قال بوجوب قطعه كله، والبعض قال بوجوب

قطع بعضه. وأما المرىء فلا يشترط قطعه. (انظر الشرح الصغير وبلغة السالك ج ١ ص

٢٩١، والكافي لابن عبد البر ج ١ ص ٤٢٧، وبداية المجتهد ج ١ ص ٣٨١).

(٥) انظر المسألين ١٣٧٢، ١٣٨٧.

(٦) انظر المسألة: ١٣٧٦.

(٧) أي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُو ذُرِّ أَنْثٍ مُّذْ ذُكِّرَ أَنْثٌ مُّذْ ذُكِّرَ﴾ سورة الأعمام: ١٢١.

(٨) في ط (قلب) بدل (فم) ولم أجد أي من اللفظتين في الروايات التي وقفت عليها.

(٩) سبق تخريجه في المسألة ١٣٧٦.

(١٠) في ق (بالإجماع) بدل (بإجماع الصحابة) والثانية أفضل لإيضاح أصحاب الإجماع هذا.

(١١) في ط (يحرم) بدل (حرم) والمعنى واحد.

وعندنا: يحل^(١)

له: أنه جرح بخلاف المشروع، فلا يوجب الحل^(٢). كالجرح في موضع آخر.

لنا: قوله - ﷺ -: «ما انهر الدم، وفري الأوداج فكل»^(٣). إلا أنه مكروه^(٤) فعله لمخالفته السنة.

١٣٩٣- قال (مالك): تجوز البقرة الواحدة عن أهل بيت واحد^(٥)، سبعة كانوا أو أكثر، ولا تجوز^(٦) إذا كانوا متفرقين.

وعندنا: تجوز عن سبعة، ولا تجوز عن^(٧) أكثر، كيفما كان^(٨).

له: أن البقرة شخص واحد حقيقة. وأشخاص من حيث الضحايا^(٩). فتجوز

(١) في ش، ق (لا يحرم) بدل (يحل) والمعنى معهما واحد. انظر المبسوط ج ١٢ ص ٣، والبدائع ج ٦ ص ٢٢٦٥، والبنية ج ٩ ص ٥٥، وفتح القدير ج ٨ ص ٤١٦. وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٩٣، وانظر بداية المجتهد ج ١ ص ٣٨٠، والكافي لابن عبد البر ج ١ ص ٤٢٧، وقال ابن عبد البر: «ولو ذبح ما السنة في ذكاته النحر، أو نحر ما السنة في ذكاته الذبح من غير ضرورة، لم يؤكل كراهية، لا تحريمًا، فإن كان من ضرورة فلا بأس» وقال بعض المالكية من أهل المدينة: إن ذلك جائز من غير ضرورة. (المصادر السابقة).

(٢) في ز (فلا يحل) بدل (فلا يوجب الحل) والمعنى معهما واحد.

(٣) سبق تخريجه في المسألة (١٣٨٦).

(٤) في ز، ق، ط (يكروه) بدل (مكروه) والمعنى معهما واحد.

(٥) (واحد) سقطت من ز، ق، وإثباتها أصل لزيادة الإيضاح.

(٦) في ط زيادة (عن الأكثر) وهي توصل المعنى.

(٧) (عن) سقطت من ش، والمعنى لا يتم بدونها.

(٨) والحكم هنا يشمل البقرة، والبدنة على السواء. انظر المبسوط ج ١٢ ص ١١، والبدائع ج ٦ ص ٢٨٣٤. والبنية ج ٩ ص ١١٩، وفتح القدير ج ٨ ص ٤٢٩. وعند الإمام مالك لا يجوز أن يشترك اثنان فما فوقهما في أصحية واحدة، ولكن يجوز أن يتفرد بها واحد ويشرك غيره معه، سواء كانوا سبعة أو أكثر بشرط أن يكون قريبًا له، وأن يكون في نفقته، سواء كانت النفقة واجبة كالأب والابن الفقيرين، أو غير واجبة كالأخ والعم. وأن يكون ساكنًا معه في دار واحدة، وأجاز بعض أهل المدينة أن يشترك سبعة أو أقل في البدنة، أو البقرة. انظر شرح الخرشي ج ٣ ص ٣٤٠ وبلغه السالك والشرح الصغير ج ١ ص ٢٨٨، والكافي لابن عبد البر ج ١ ص ٤١٩، ٤٢٠.

(٩) في ز، ق، ط (الضحايا) بدل (الضحايا) والأولى أنسب للمعنى.

عن الأشخاص المتحدة معنى [وهم] ^(١) أهل بيت واحد، لا عن الأشخاص صورة، ومعنى [وهم] ^(٢) المتفرقون.
لنا: ^(٣) قوله - ﷺ -: «البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة» ^(٤) وما ذكره ^(٥) اجتهد بحلاف [النص] ^(٦)، فلا يعتبر.

(١) في الأصل (وهي) والتعبير بهذا اللفظ لا يصح لأن المراد به الجمع.

(٢) في الأصل (وهي) انظر الفقرة السابقة.

(٣) في ق، ط زيادة (ظاهر) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٤) رواه مسلم عن جابر بن عبد الله قال: «نحرمنا مع رسول الله - ﷺ -: هام الحديبية البدنة من سبعة، والبقرة عن سبعة». ورواه بالفاظ أخرى، كتاب الحج، باب الاشتراك في الهدى، وإجزاء البقرة، والبدنة كل منهما عن سبعة، حديث رقم ٣٥٠ - ٣٥٥. ج ٢ ص ٩٥٥، ورواه أبوداود بلفظ مسلم ولفظ آخر: عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله - ﷺ -: «البقرة عن سبعة، والجوزور عن سبعة». كتاب الأصاحي باب في البقر، والجوزور عن كم تجزى، حديث رقم ٢٨٠٨، ٢٨٠٩، ج ٣ ص ٩٨، والترمذي بلفظ مسلم، كتاب الحج باب ما جاء في الاشتراك في البدنة والبقرة: حديث رقم ٩٠٤، ج ٣ ص ٢٣٩، ورواه ابن ماجه بلفظ مسلم، حديث رقم ٣١٣٢، كتاب الأصاحي باب عن كم تجزى البدنة والبقرة، ج ٢ ص ١٠٤٧.

(٥) في ز (ذكراه) وفي ش (ذكرناه) وفي ط (ذكر) بدل (ذكره) والثالثة والرابعة أنسب للمعنى.

(٦) (النص) سقط من الأصل، والمعنى لا يستقيم بدونه.

كتاب الوقف

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٣٩٤- قال (أبو حنيفة): الوقف باطل، أي للواقف^(١) إعادته إلى يده.
وقال أبو يوسف ومحمد: هو لازم - وهو قول الشافعي - ولو قضى القاضي
بإلزامه؛ يلزم بالإجماع^(٢).
لهما: عمل الصحابة، والأمة بعدهم، وحاجة الناس إليه، ولأنه تقرب إلى
الله تعالى بهما، فيزول عن ملكه، كجعل أرضه مسجدًا
له: قوله - ﷺ -: «لا حبس عن فرائض الله تعالى»^(٣). ولأنه لو صح،

(١) في ق زيادة (إبطاله وإعادته) وفي ط زيادة (أو للوارث إبطاله وإعادته) وهاتان الزيادتان
بيهما تفصيل للحكم.

(٢) قال في المبسوط: «وظن بعض أصحابنا أنه غير حائز على قول أبي حنيفة وإليه يشير في
ظاهر الرواية - رضي الله عنه - فكان لا يجوز ذلك، ومراده أن لا يجعله لازماً، فأما أصل
الجواز ثبت عنده؛ لأنه يجعل الواقف حائزاً للمعين على ملكه، صارقاً للمنفعة إلى الجهة
التي سُمّاه، فيكون بمنزلة العارية والعارية، حائزة، غير لازمة». ج ١٢ ص ١٧
قلت: حاصل الخلاف هنا أنه يجوز للواقف بيع الموقوف، وهبه، وإذا مات يصير ميراثاً
لورثته عند أبي حنيفة. وأما عند أبي يوسف ومحمد - وهو قول عامة العلماء - أنه لا يبيع
ولا يوهب، ولا يورث. وروى الطحاوي عن أبي حنيفة إنه إذا وقف في حالة المرض حر
عده، ويعتبر من الثلث، ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته.

(انظر المبسوط ج ١٢ ص ٢٧، والبدائع ج ٨ ص ٣٩٠٨، والسياسة ج ٦ ص ١٣٩،
وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٤١٨، ومختصر الطحاوي ص
١٣٦).

وعلى هذا فتعريف الوقف في اللغة، الحبس، وفي الشرع عبارة عن حبس العبد عن
ملك الواقف، والتصدق بالمنافع على الفقراء، مع بقاء العبد - عند أبي حنيفة - كعبدية،
إلا أنه غير لازم، حتى لو رجع الواقف يصح. وتعريفه عند أبي يوسف ومحمد حبس
العبد على حكم ملك الله سبحانه وتعالى، فيزول ملك الواقف. (أنيس الفقهاء ص ١٩٧)
(٣) رواه الدارقطني عن ابن عباس مرفوعاً، في كتاب المرائع حديث رقم ٤٠٤ ج ٤ ص ٦٨.

ووجب^(١) مراعاة شرائط الواقف^(٢)، ولا يمكن^(٣) ذلك بعد زوال ملكه، كما
في المسجد.

وقال الدارقطني: لم يستدع خبر ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان، ورواه الطبراني في
الكبير عن فضالة بن عبيد - عن رسول الله - ﷺ - قال: «لا حبس» (مجمع الزوائد، كتاب
الركاة باب في الوقف، ج ٣ ص ١٢٩). قال الهيثمي: وبه ابن لهيعة، وفيه كلام.

- (١) في ق (لوجب) بدل (وجب) والمعنى مهما واحد
(٢) في ق (الوقف) بدل (الواقف) والثانية أفضل، لأن الذي يشترط هو من يوقف الشيء.
(٣) في ش (ولا يمن) بدل (ولا يمكن) والثانية أسبب للمعنى.

باب قول أبي يوسف على خلاف صاحبيه

١٣٩٥. قال (أبيوسف): إذا جعل داره مسجدًا، صار مسجدًا قبل أن يصلى فيه. والقبض ليس بشرط في هذا، وفي كل وقف.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يصير مسجدًا قبل الصلاة فيه^(١).

له: إنه إزالة ملك، لا تمليك، فصار كالإعتاق.

لهما: قول الصحابة، منهم معاذ بن جبل وابن عباس^(٢) - رضي الله عنهم - «ولا تجوز الصدقة إلا محوزة مقبوضة»^(٣). ولأنه تقرب إلى الله تعالى بعين ماله، فيشترط^(٤)، القبض، كالصدقة^(٥). ثم عند أبي حنيفة: قبضه بالصلاة فيه جماعة^(٦). وعند محمد: إذا صلى فيه واحد يكفي، ولا قول لأبي حنيفة فيما وراء المسجد؛ لأنه لا يرى الوقف.

(١) روى عن أبي حنيفة روايتان في هذا: الأولى: يشترط إقامة الصلاة فيه بالجماعة، والثانية: إذا صلى فيه واحد يصير مسجدًا، وإن لم يصل بالجماعة. (انظر المسوط ج ١٢ ص ٣٤ والبدائع ج ٨ ص ٣٩١١، والبناء ج ٦ ص ١٧٦ وما بعدها وفتح القدير ج ٥ ص ٤٤٣ وما بعدها، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٩ وما بعدها).

(٢) قوله (وهو معاذ بن جبل، وابن عباس)، سقط من ش، ز، والإثبات أنفصل لحمزة القائلين. ومن القائلين بهذا أيضًا عمر، وعثمان بن عفان، وابن عمر، وشريح - رضي الله عنهم.

(٣) رواه البيهقي عن الصحابة السابق ذكرهم في كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، ج ٦ ص ١٧٠.

(٤) في ق، ط زيادة (فيه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٥) في ط زيادة (المملوكة) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٦) في ط زيادة (التسليم إلى المتولى) وهذا الشرط لم أجده في المصادر، وإنما تعبر الصلاة فيه تسليمًا. (انظر البدائع ج ٨ ص ٣٩١١).

لمحمد: إن استغراق الجنس^(١) غير ممكن، فيكتفى بأقله^(٢) وهو الواحد.
له: أن المسجد مبنى للصلاة بجماعة، فقبضة يكون [بذلك]^(٣).

(١) في ق زيادة (ها) وهي زيادة مطلوبة تُخصَّصُ عدم الإمكان في هذه الحالة إذ في بعض الحالات يمكن استغراق الجنس.

(٢) في ط (بالأقل) بدل (بأقله) والمعنى معهما واحد.

(٣) في الأصل (ذلك) والمعنى لا يستقيم بها .

باب قول أبي يوسف على خلاف محمد، ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٣٩٦- قال (أبيوسف): القبض، والإفراز، والتأيد، ليس^(١) بشرط لصحة الوقف، وهي شرط عند محمد.

أما الإفراز والقبض^(٢):

له^(٣): ما روينا عن^(٤) الصحابة^(٥) ولأنه تقرب إلى الله تعالى بماله^(٦) فصار كالصدقة المملوكة^(٧).

لأبي يوسف: إنه إزالة ملك، لا تملك - لمامر^(٨).

١٣٩٧- قال (أبيوسف): إذا وقف أرضاً، واشتري منها سهمًا^(٩) لنفسه؛ جاز.

وعند محمد: لا يجوز^(١٠). بناء على هذين الشرطين، واستحقاق البعض المشاع من أرض وقفها؛ يبطل الوقف عند محمد، بناء على مامر^(١١). وأما

(١) في ش، أ (ليست) بدل (ليس) والأولى أنسب للمعنى.

(٢) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٣٧، ٤٧، والبدائع ج ٨ ص ٣٩١١ والنباية ج ٦ ص ١٥١، ١٥٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٢٥، ٤٢٨، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٦، ٣٢٧. وأما التأيد فهو شرط للزوم الوقف في الحياة عند محمد. وأما الإفراز (أي القسمة) فهو شرط عند محمد؛ لأن القبض لا يتم إلا به. أما ما لا يحتمل القسمة فلا يشترط الإفراز عنده حيث لا.

(٣) في ط (له) بدل (له). والأولى أفضل؛ لأن الحجة هنا حول القبض والإفراز فقط.

(٤) في ط (من) بدل (عن) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) أي ما روى في المسألة ١٣٩٤.

(٦) في ط (بملكه) بد (بماله) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ح (المملكة) بدل (المملوكة) والثانية أفضل للمعنى.

(٨) في المسألة: ١٣٩٤.

(٩) في ز (شيئا) بدل (سهمًا) والمعنى معهما واحد.

(١٠) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٤٦، والبدائع ج ٨ ص ٣٩١١، والنباية ج ٦ ص ١٥٣، ١٧٠.

١٧١، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٣٧، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٨.

(١١) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٣٧، والنباية ج ٦ ص ١٥١، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٢٥.

التأبيد، فقد قال في آخر كتاب الوقف: إذا وقف مسكناً^(١) على أمهات أولاده ماعشّن، فإذا مِشّن، ردت على الورثة؛ لم يحز عند محمد، خلافاً لأبي يوسف^(٢).

وقال الخصاف: ذكّر الوقف، ذكّر التأبيد عند أبي يوسف: وعند محمد: لا بد من ذكره في كل وقف على وجه معلوم. يشترط عند محمد: أن يقال: إذا انقرض ذلك فأخره للفقراء، ليوجد التأبيد.

١٣٩٨- قال (أبيوسف): المسجد إذا استغنى عنه^(٣) أهله فتركوه؛ لم يعد ملكاً للواقف، أو لورثته.

وقال محمد: يعود، لما مر^(٤): أن عند محمد: لا يعتبر^(٥) مسجداً إلا بأداء الصلاة^(٦) فيه، فيخرج من أن يكون مسجداً بتركها^(٧).

١٣٩٩- قال (أبيوسف): وقف المنقول لا يجوز إلا تمناً للمقار، بأن يقف قرية فيها عبيد، وآلات الزراعة

وقال محمد: متعارف^(٨) وقفه من الحيوانات، والفأس، والقدوم، والطشت، ونحوها - يجوز^(٩).

لمحمد: أن خالد بن الوليد وقف دروعاً في سبيل الله تعالى فأجازاه الرسول

(١) في ش، ز، ح، ق، ط (مساكن) بدل (مسكن) والمعنى معهما واحد.

(٢) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٤٥، ٤٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٢٨.

(٣) (عنه) سقطت من ق، والمعنى لا يتم بدونها.

(٤) في المسألة ١٣٩٥.

(٥) في ز، ق، ط، (لا يصير) بدل (لا يعتبر) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ح، ش، ز، ق، ط (بالصلاة) بدل (بأداء الصلاة) والثانية أبلغ في الدلالة على المعنى.

(٧) وقول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف: (انظر فتح القدير ج ٥ ص ٤٤٦، والمبسوط ج ١٢ ص ٤٣، والبدائع ج ٨ ص ٣٩١٤، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٣١، والبنية ج ٦ ص ١٨١، ١٨٢).

(٨) في ز، ح، ق، ط، أ (تعارفوا) بدل (تعارف) والمعنى معهما واحد.

(٩) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٤٥، والبدائع ج ٨ ص ٣٩١٢، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٧، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٢٩، ٤٣٠، والنية ج ٦ ص ١٥٧.

ﷺ - (١)، وجعل رجل ناقته في سبيل الله - تعالى - (٢) فأرادت امرأته أن
 تحج عليها فسأل الرجل (٣) عن ذلك، فقال: «الحج من سبيل الله» (٤).
 لأبي يوسف: إن عمل الصحابة في العقارات (٥)، والمنقولات، تبع لهما.

-
- (١) رواه البخاري، كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى : ﴿ وَفِي أَرْزَاقِهِ ﴾ ج ٢ ص ١٥١،
 ومسلم، كتاب الركة باب في تقديم الزكاة ومنعها حديث رقم ١١ ج ٢ ص ٦٧٦، ٦٧٧.
 (٢) من قوله (فأجازه ... إلى ... الله تعالى) سقط من ح، وهو وهم من الناسخ إذ انتهت
 عليه تعالى الأولى، بالثانية.
 (٣) في ق، ط زيادة (رسول الله ﷺ) وهي زيادة توضح المسؤول
 (٤) رواه أبوداود بلفظ: «أعطاها فلنحج عليه، فإنه في سبيل الله» كتاب المسك باب العمرة،
 حديث رقم ١٩٨٨، ج ٢ ص ٢٠٤.
 (٥) والمعنى أن عمل الصحابة في الوقف كان بوقف العقارات، والمنقولات.

باب ما قاله الشافعي

١٤٠٠- قال (الشافعي): الموقوف عليه يملك الوقف.
وعندنا: لا يملك^(١)، ولكن نصرف إليه غلته^(٢).
له: إنه زال عن ملك الواقف، فلو لم يدخل في ملك الموقوف عليه بقي
مالاً ضائعاً، وأنه لا يحوز.
لنا: إنه إزالة ملك، لا تمليك، كالإعتاق، وما ذكر^(٣) باطل بالمسجد
وشراء عبيد^(٤) لخدمة الكعبة.

(١) في ش، ق، ط (لا يملكه) بدل (لا يملك) والمعنى معهما واحد.

(٢) انظر فتح القدير ج ٥ ص ٤٢٨، والنهاية ج ٦ ص ١٥٠، ونبين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٧.
وأما عند الشافعية ففيه ثلاثة أقوال الأول: وهو الأظهر أن ملك الموقوف ينتقل إلى الله -
أي يتبع من اختصاص آدمي، فلا يكون للواقف، ولا للموقوف عليه. والثاني إن
الملك يبقى للواقف، والثالث: أنه يلحق بالصدقة. وأما منافع الموقوف فهي ملك للموقوف
عليه. (انظر مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٨٩. وفتح الرهاب ج ١ ص ٢٥٥).

(٣) في ش (وأما ذكر) بدل (وما ذكر) والثانية أسب للمعنى.

(٤) في ط (عبد) بدل (صيد) والمعنى معهما واحد.

كتاب الهبة (١)

باب قول أبي حنيفة على خلاف صاحبيه

١٤٠١ قال (أبو حنيفة): رجل وهب لأجنبي^(٢) شيئاً، وهو عبد أجنبي، فله أن يرجع فيه - بالإجماع - ولو وهب لعبد أخيه، أو لعبد أبيه^(٣) كذلك^(٤) عند أبي حنيفة.

وقد أبو يوسف ومحمد: لا يرجع^(٥).

لهما: إن الملك يقع لمولاه، وهو أخوه.

له: إن الملك يقع للعبد من وجه، ولمولاه من وجه، فوقع الشك في بطلان حق الرجوع، فلا تبطل بالشك في الفصلين^(٦).

١٤٠٢ قال (أبو حنيفة): إذا وهب داراً^(٧) من رجلين^(٨)؛ لا يجوز

وقد أبو يوسف ومحمد: يجوز^(٩).

(١) الهبة في اللغة إيصال النفع إلى الغير، وفي الشرع: تعليق العين بلا عوض. وقد يكون الهبة بالعين، وقد تكون بالدين، وقد تكون بغير المال يقال وهب له عبداً، وهب له ما عليه من الدين، وهب له جرمه وتقديره. (أنيس الفقهاء ص ٢٥٥، طلة الطلبة ص ٢٢١).

(٢) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (لأخيه) بدل (لأجنبي) والمعنى يستقيم مع الأولى.

(٣) قوله (أو لعبد أبيه) سقط من ش، ز، ح، ق، ط، أ وإثباته أفضل لمعرفة الحكم في هبة لعبد أبيه.

(٤) في ح، ق، (فكذلك) بدل (كذلك) والمعنى معهما واحد.

(٥) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٥٩، والبدائع ج ٨ ص ٣٧١٠.

(٦) في ش، ط، زيادة (جميعاً) وهي تؤكد المعنى.

(٧) في ح، ر، ق، أ، ط (داره) بدل (داراً) والمعنى معهما واحد.

(٨) في ط (لرجلين) بدل (من رجلين) والمعنى معهما واحد.

(٩) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٦٧، والبدائع ج ٨ ص ٣٦٨٤، والتهذيب ج ٧ ص ٨٢١ ونبيين

لهما: أنه لا يتمكن منه^(١) الشروع؛ لأنه تملك الجملة منهما، ولهذا لو قال
في البيع: بعث هذا^(٢) الدار^(٣) منكما بألف فقبل أحدهما وحده، لا يجوز
وصار كرهن عين من رجلين.

له: أن تملك الكل منهما تملك البعض^(٤) الشائع من كل واحد^(٥) منهما،
لا وجه له سوى هذا، وهو باطل وإنما لا يصح قبول أحدهما في البيع؛
لأنه تفريق الصفقة على البائع، وفي الرهن ذاك^(٦) رهن من كل واحد منهما،
ولهذا لو قضى دين أحدهما، فلآخر حبس كله.

١٤٠٣ قال (أبو حنيفة): والتصدق بدار واحدة على^(٧) غنيين، على هذا.

فأما الصدقة على فقيرين^(٨)، والهبة للفقيرين تجوز؛ لأنها^(٩) إخراج المال
إلى الله تعالى، وهو واحد لا شريك له^(١٠).

الحقائق ج ٥ ص ٩٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٩٦.

(١) في ش، ز، ق، ط، (فيه) بدل (منه) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ز، ش، ح، ق، ط، أ (هذه) بدل (هذا) والأولى أنسب، لأن الدار لفظ مؤنث.

(٣) (الدار) سقطت من ش، وإثباتها أفصل لاكتمال المعنى.

(٤) في ز (التصف) بدل (البعض) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ق (وجه) بدل (واحد) والثابتة أنسب للمعنى.

(٦) في ح، ق (ذلك) بدل (ذاك) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ز زيادة (رجلين) ولا فائدة لهذه الزيادة، إذ قد يكون الغني امرأة.

(٨) في ش (فقير) بدل (فقيرين) والثانية أنسب للسياق.

(٩) في ط (لأنه) بدل (لأنها) والثانية أنسب، لأن الصدقة لفظ مؤنث.

(١٠) انظر البدائع ج ٨ ص ٣٦٨٧، الجامع الصغير ص ٢٥٦، والبيان ج ٧ ص ٨٢٣ وفتح
القدير ج ٧ ص ٤٩٧.

باب قول أبي يوسف على خلاف صاحبيه

١٤٠٤ قال : رجل قال^(١) : داري حبيس لك ، أو لك حبيس^(٢) أو قال : عليك مكان^(٣) لك ، أو قال : رقبى [مكان]^(٤) حبيس ، فهذا كله إعادته عند أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : في كلمتين هو هبة لك ، حبيس لك رقبى^(٥) .
له : رواية جابر ، عن النبي - ﷺ - : إنه أجاز العمرى^(٦) ، والرقبى^(٧) ، ولأن قوله : لك ؛ تمليك ، والزيادة عليه^(٨) ، شرط فاسد ؛ فبلغ .
لهما : ما روي عن النبي - ﷺ - أجاز^(٩) العمرى وأبطل الرقبى^(١٠) ؛ ولأن

-
- (١) في ز زيادة (لغيره) وهي توضح المعنى .
(٢) (أو لك حبيس) سقطت من ق . والإثبات أفضل لاكتمال المعنى المراد .
(٣) في ز ، ش ، ح ، ق ، ط ، أ (ومكان) بدل (لمكان) والثانية أنسب للعبارة والمعنى .
(٤) في الأصل (لمكان) والمعنى لا يستقيم بها .
(٥) انظر السدائح ج ٨ ص ٣٦٧٣ ، ٣٦٧٤ ، والمبسوط ج ١٢ ص ٨٩ ، والبنابة ج ٧ ص ٨٦١ ، وفتح القدير ج ٧ ص ٥١٥ ، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٠٤ .
(٦) العمرى أن يقول لآخر : هذه الدار لك عمرك - أي مدة حياتك - فإن مت أنت فهي لي ، أو يقول هذه الدار لك عمري ، فإذا مت أنا أخذها ورثتي منك . (طلبة الطلبة ص ٢٢٥ ، أنيس الفقهاء ص ٢٥٦) .
(٧) الرقبى : أن يقول لشخص ، أرقبتك داري وجعلتها لك حياتك ، فإن مت قبلي رجع إليّ ، وإن مت قبلك رجعت إليك . وسميت بذلك ، لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . (انظر طلبة الطلبة ص ٢٢٥ ، أنيس الفقهاء ص ٢٥٧) . والحديث أخرجه أبو داود كتاب السبع ، باب في الرقبى ، حديث رقم ٣٥٥٨ ج ٣ ص ٢٩٥ ، والترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في الرقبى ، حديث رقم ١٣٥١ ج ٢ ص ٦٢٤ ، وابن ماجه ، كتاب الوصايا ، باب الرقبى ، حديث رقم ٢٣٨٣ ج ٢ ص ٧٩٧ ، كلهم عن جابر بن عبد الله مرفوعاً بلفظ : «العمرى جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها» . وقال الترمذي ، هذا حديث حسن .
(٨) (عليه) سقطت من ز ، والإثبات أفضل لزيادة إيضاح المعنى .
(٩) في ط زيادة (أنه أجاز) وهي توضح المعنى أكثر .
(١٠) قوله (أنه أجاز العمرى والرقبى .. إلى .. وأبطل الرقبى) سقطت من ح . وهو وهم من

تمليك بطريق الحبس، وهو غير مشروع. وعلى هذا الخلاف: إذا قال.
أرقتك.

١٤٠٥- قال (أبيوسف): ولو وهب له شاة، فضحى بها الموهوب له، ليس
للوأهب أن يرجع فيه أصلاً.

وقال أبوحنيفة ومحمد: له أن يرجع في اللحم^(١).

له: إنه صار لله تعالى: ولهذا لم يجز بيعه عنده.

لهما: إن القرية إراقة الدم فأما اللحم بقي على ملكه، فكان له
الرجوع فيه.

[وإذا]^(٢) قال الموهوب له: لله تعالى عليّ أن أتصدق به: فهو على هذا
الخلاف^(٣).

الناسخ إذا اشتبهت عليه الرقبي الأولى بالثانية. وأما الحديث فقال ابن حجر: لم أجده
(الدراية ج ٢ ص ١٨٥). وقال ابن بغا، (في منية الأكمي ص ٥٢): رواه محمد بن
الحسن بهذا اللفظ في الإملاء. «وقال الزيلعي: غريب». نصب الرواية ج ٤ ص ١٢٨.

(١) في ز (له ذلك) وفي ط (له أن يرجع فيه) بدل (له أن يرجع في اللحم) والعبارة الأخيرة
أفضل؛ لأنها أتم وأكمل.

(٢) ما بين القوسين سقط من الأصل، والإثبات أفضل لاكتمال المعنى المراد وفي ط (ولو)
بدل (إذا) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ط زيادة (لأنه عند أبي يوسف تصوير لله بهذا، وعندهما: تبقى على ملكه فيملك
الوهاب الرجوع) وهذه الزيادة فيها تكرار، لورود هذا الكلام من قبل في هذه المسألة.

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١٤٠٦- قال (محمد): إذا^(١) وهب داره لرجلين بعقد واحد لأحدهما ثلثيها، وللآخر ثلثها^(٢)؛ جاز^(٣).

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجوز^(٤).

له: إنه تمليك منهما، ولا شيع فيه؛ لما مر.

لأبي حنيفة: ما مر فيما إذا وهب^(٥) لرجلين^(٦).

وأبو يوسف فرق بين هذا، وبين تلك المسألة. ووجه ذلك: أنه متى أفرز نصيب كل واحد^(٧)، وبين على التفاوت، صار شائعاً، وإذا أطلق، لم يصر شائعاً، فيجوز.

١٤٠٧- قال (محمد): الأب إذا وهب مال ابنه الصغير على شرط، بعوض^(٨)؛ جاز.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجوز^(٩).

له: إنه بيع معنى، وهو يملك ذلك.

لهما: أن هذا تبرع ابتداءً، إن كان^(١٠) معارضة انتهاء^(١١). لما عرف - وهو لا يملك التبرع بماله.

(١) في ط (رجل وهب) بدل (إذا وهب) والمعنى معهما واحد.

(٢) قوله (ثلثيها، وللآخر) سقط من ح، وهو وهم من النسخ، إذ المعنى لا يستقيم بدونها.

(٣) (جاز) سقطت من ش، والمعنى لا يتم بدونها، وفي ق (يجوز) بدل (جار) والمعنى معهما واحد.

(٤) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٦٨، والبدائع ج ٨ ص ٣٦٨٦، والبنية ج ٧ ص ٨٢٤ وفتح القدير ج ٧ ص ٤٩٨.

(٥) في ش، ز، ط (وهبه) بدل (وهب) والمعنى معهما واحد.

(٦) انظر المسألة (١٤٠٢).

(٧) في ش، ق، زيادة (منها) وهي توضح المعنى أكثر.

(٨) في ش، ز، ق، ط (عروض) بدل (بعوض) والمعنى معهما واحد.

(٩) انظر البدائع ج ٨ ص ٣٦٧٧، ٣٦٧٨، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٠٢.

(١٠) في ز (كانت) بدل (كان) والثانية أنسب، لأنه قال في أول الجملة (هذا).

(١١) أي بيع.

باب قول أبي يوسف خلافاً لحمد ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٤٠٨. قال (أبو يوسف): إذا وهب للمكاتب^(١) شيئاً^(٢)، فله الرجوع.

وقال محمد: ليس له ذلك.

ولو عتق فله الرجوع بالإجماع، فإن كان المكاتب أخاً للواهب، فعتق؛ ثم يرجع فيه بالإجماع. ولو عجز، ورد في الرق، فله الرجوع عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد^(٣).

وأصل المسألتين واحد، هو أن محمداً يقول: العين كان ملكاً للمكاتب وإذا عتق تقرر ملكه^(٤)، وإذا عجز انتقل ملكه إلى مولاه، فبطل^(٥) الرجوع، كما لو باع^(٦) من غيره.

وأبو يوسف يقول: ^(٧) الهبة وقعت للمكاتب من وجه، ولمولاه من وجه، كسائر أكسابه، ولهذا لا يملك المولى أن يتزوج أمة من كسبه، ولو تزوج^(٨) أمة، ثم اشتراها المكاتب، لا يفسد النكاح، وبالعنق يصير^(٩) مالكا^(١٠) له من كل وجه، فبالعجز يصير ملكاً للمولى من كل وجه، وإذا

(١) في ز (المكاتب) وفي ح، أ (المكاتب) بدل (للمكاتب) والمعنى مع الألفاظ الثلاثة واحد.

(٢) في ق، ط زيادة (ثم عجز) وهي زيادة مطلوبة؛ لأن من شرط الرجوع في الهبة للمكاتب عند أبي يوسف العجز، أو الرق.

(٣) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٨٦، والبذائع ج ٨ ص ٣٧٠١، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٠٠.

(٤) في ز زيادة (فله الرجوع) وهي زيادة لا معنى لها؛ لأن عند محمد: ليس له الرجوع.

(٥) في ق زيادة (حق) وهي توضيح المعنى.

(٦) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (باعه) بدل (باع) والأولى أنسب للمعنى.

(٧) في ط زيادة (بأن) ولا أثر لها.

(٨) في ز، ح، ق، ط، أ زيادة (المولى) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٩) في ط (لا يصير) بدل (يصير) والثانية أنسب للمعنى.

(١٠) في ش، ق (ملكاً) بدل (مالكاً) والمعنى معهما واحد.

صار ملكًا لأحدهما من كل وجه؛ بطل حق صاحبه، وهو الملك من وجه، فاستوى الوجهان.

ثم في أحدهما لا يبطل الرجوع^(١). فكذا في الآخر، وفي المسألة - الثانية - صار للأجنبي، فيرجع^(٢) فيه.

١٤٠٩. قال (أبيوسف): إذا كان للرجل^(٣) ابن وبنت، فخص أحدهما بهبة شيء^(٤)؛ يكره، والعدل والتسوية بينهما. قال - رحمه الله - لذلك الرجل الذي وهب لأحد ولديه، دون الولد الآخر: «لا تشهدنا على جور»^(٥).

ثم العدل عند أبي يوسف: أن يجعل لكل^(٦) منهما مثل ما للآخر^(٧). وعند محمد: الثلثين للابن، والثلث للبنت^(٨).

له: إن الشرع جعل ميراثهما كذلك، فكان هو العدل.

لأبي يوسف: إن العدل، هو التسوية لغة، والإنصاف من النصف^(٩)، فيصار

(١) في ز، ق، ط (رجوعه) بدل (الرجوع) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ط (فه أن يرجع) بدل (فيرجع) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ز (الرجل) بدل (للرجل) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٤) (شيء) سقطت من ز، ولا يتغير المعنى بسقوطها، وفي ش زيادة (له) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٥) في ز، ط (قال - رحمه الله - لذلك الرجل: «لا تشهدنا على الجور» حين وهب لأحد ولديه دون الآخر) بدل (قال - رحمه الله - إلى ... إلى ... لا تشهدنا على جور). والمعنى واحد. والحديث رواه مسلم عن النعمان بن بشير مرفوعًا بلفظ: «فلا تشهدني إفا، فإني لأشهد على جور» ويلفظ: «فلا أشهد على جور» ويلفظ: «لا تشهدني على جور».

كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة. حديث رقم ١٤ - ١٦ ج ٣ ص ١٢٤٣. وراه النسائي بألفاظ مسلم من حديث ٣٦٨١ - ٣٦٨٤. كتاب النحل، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل ج ٦ ص ٢٦٠، ٢٦١. ورواه الإمام أحمد في مسنده، ج ٤ ص ٢٦٨، ٢٦٩.

(٦) في ط زيادة (واحد) ولا يتغير المعنى بهذه الزيادة.

(٧) في ش (مثل الآخر) بدل (مثل ما للآخر) والمعنى معهما واحد. انظر المسوط ج ١٢ ص ٥٦، والبدائع ج ٨ ص ٣٦٩٧.

(٨) في ط (الثلث للبت والثلثين للابن) بدل (الثلثين للابن والثلث للبت) والمعنى واحد.

(٩) مي ر (من النصف) وفي ح (من نصفه) وفي ق (هو النصف) بدل (من النصف) والمعنى مع هذه الألفاظ واحد.

إليه. ومسألة التضحية بالشاة الموهوبة في باب أبي يوسف^(١)
 ١٤١٠- قال (أبو يوسف): رجل له على عبد دين، فوهبه مولاه للغريم؛ سقط
 دينه، فإن رجع الواهب في هبته، له ذلك ويعود الدين.
 وعند محمد: لا يعود الدين^(٢) وروى هشام عن محمد: أنه لا يملك الرجوع
 فيه^(٣)؛ لأن سقوط الدين زيادة فيه معنى، والزيادة المتصلة تمنع
 الرجوع^(٤).
 له: إن الدين قد سقط، فلا يتصور عوده.
 لأبي يوسف: إن زوال الدين كان حكمًا لملك الموهوب^(٥)، وقد بطل
 الملك، وصار كمن له على آخر دين مؤجل^(٦)، فقضاه قبل الأجل،
 فاستحق ذلك^(٧)؛ عاد الدين مؤجلًا، ولهذا إنه^(٨) بطل القضاء، فيبطل^(٩)
 حكمه، وهو سقوط الأجل.

-
- (١) في ط زيادة (مرت في باب أبي يوسف) وهي توضح المعنى المال (١٤٠٥).
 (٢) (الدين) سقط من ش، ز، ق، ط وإثباته أفضل لإيضاح المعنى أكثر.
 (٣) (فيه) سقطت من ز، ولا يتغير المعنى بسقوطها .
 (٤) انظر المبسوط ج ٢٥ ص ١٤٩ .
 (٥) في ح، ق، ط زيادة (له) والمعنى واضح بدونها.
 (٦) (مؤجل) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.
 (٧) أي الدين المؤدى، (هامش نسخة ح، الورقة ١٣٩).
 (٨) في ز (لهذا ؛ لأنه) وفي ط (لأنه) بدل (ولهذا إنه) والآخره أنسب للسبق.
 (٩) في ش، ز، ق، (فبطل) بدل (فيبطل) .

باب ما قاله زفر

١٤١١- قال (زفر) : الهبة بشرط العوض، بيع ابتداء، وانتهاء.

وعندنا: هو تبرع ابتداء، بيع انتهاء، حتى لا يحبر على التسليم، ولا تملك قل القبض، ولا تصح في المشاع، ولا تثبت فيها^(١) الشفعة، فإذا تفاضلا الآن ثبت أحكام^(٢) البيع، وصورته أن يقول: وهبت هذا لك، على أن تعرضني كذا. واجمعوا^(٣) أنه لو قال: وهبت هذا لك بكذا، إنه بيع^(٤). له: إن هذا تمليك بدل من الابتداء؛ لأنه ذكر البدل، فكان بيعاً، لقوله^(٥). وهبت بكذا.

لنا: إن الهبة تمليك بغير عوض، وقد وجد؛ لأنه^(٦) طلب منه أن يملكه بدلها^(٧)، فما لم يملك ذلك. لا يعتبر^(٨) عوضاً، ولا يصير بيعاً، بخلاف قوله: بكذا؛ لأنه تمليك بعرض.

١٤١٢- قال (زفر) : فإذا^(٩) استحق نصف العوض، يرجع الواهب في نصف الموهوب.

وعندنا: لا يرجع في نصفه، لكن له أن يرد^(١٠)

(١) في ز، (فيه) بدل (فيها) والثانية أفضل لماسبتها لفظ (الهبة).

(٢) في ط (حكم) بدل (أحكام) والثانية أفضل؛ لأنها أدق في التعبير عن المراد.

(٣) في ط زيادة (على) وهي توضح المعنى أكثر.

(٤) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٧٩، والبدائع ج ٨ ص ٣٧٠٩، والبناء ج ٧ ص ٨٤٩، ونبين الحقائق ج ٥ ص ١٠٢.

(٥) في ز، ح، ق، أ، ط (كقوله) و في ش (بقوله) بدل (لقوله) والأولى أنسب للمعنى.

(٦) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (إلا أنه) بدل (لأنه) والأولى أنسب للمعنى والسياق.

(٧) في ح (بدله) بدل (بدلاً) والمعنى معهما واحد.

(٨) في ز، ق (يصير) بدل (يعتبر) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ق، ط (إذا) بدل (فإذا) والمعنى معهما واحد.

(١٠) في ح (يرده) بدل (يرد) وثانية أنسب للسياق.

ما^(١) بقي من العوض^(٢) ويسترد كل الموهوب^(٣).
 له: إنه لو استحق كله، يرجع عليه^(٤) في كل الهبة، فإذا استحق نصفه^(٥)،
 يرجع في نصفه.
 لنا: إن الشركة عيب، لم يرض به [المعوض، حيث]^(٦) عوض^(٧) طلب
 للسلامة في الكل، فأما الواهب، فما شرط في العوض شيئاً.
 ١٤١٣- قال (زفر): إذا قال الرجل: جميع مالي صدقة، أو جميع ما أملك
 صدقة؛ يقع على كل مال له، وكل^(٨) ما يملكه.
 وعند أبي حنيفة ومحمد: يقع على مال الزكاة، والعشر. وقال أبو يوسف
 في المال كذلك، وفي الملك يقع على كل ما يملك^(٩).
 وقال مالك: يتصدق بثلث ماله^(١٠).
 وقال الشعبي^(١١): لا يلزمه شيء.
 وقال الشافعي: إن علقه بشرط المنع^(١٢)، كان بيعاً، وإذا حث عليه^(١٣)

-
- (١) في ش (ها) بدل (ما) والثانية أنسب للمعنى والسياق.
 (٢) في ق زيادة (عليه) وهي تؤكد المعنى.
 (٣) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٧٧، والبنية ج ٧ ص ٨٤٣، وفتح القدير ج ٧ ص ٥٠٥
 وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١١٠.
 (٤) (عليه) سقطت من ط وإثباتها أفضل لتأكيد المعنى.
 (٥) في ز (بعضه) بدل (نصفه) والثانية أنسب للسياق.
 (٦) في الأصل (للمعوض فيشت) والمعنى لا يستقيم بها.
 (٧) في ح (عرض) بدل (عوض) والثانية أنسب للمعنى.
 (٨) (فكل) بدل (وكل) والثانية أنسب للساق.
 (٩) في ش، ز، ق، ط (يملكه) بدل (يملك) والمعنى مهماً واحداً. (انظر البنية ج ٧ ص
 ٨٦٥، والمبسوط ج ١ ص ٩٣، والبدائع ج ٦ ص ٢٨٧٢، وفتح القدير ج ٧ ص ٥١٦.
 (١٠) انظر القوانين الفقهية ص ١١٣، وبلغة السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٣٢٥.
 (١١) هو عامر بن شراحيل الشعبي، ثقة مشهور، فقيه فاضل، قال مكحول: ما رأيت أفقه
 منه، مات بعد المائة، وله نحو من ثمانين سنة. (تقريب التهذيب، ج ١ ص ٣٨٧)
 (١٢) في ط (بما يشترط للمنع) بدل (بشرط المنع) والثانية أوضح.
 (١٣) في ش، ز زيادة (كان عليه) وهي توضح السمع أكثر

كفارة، كما في قوله عليّ حجة، أو عمرة^(١)، أو صوم^(٢) على ممر^(٣).
وجه قول الشعبي: أن عين ما تلفظ به في الشرع لا نظير له^(٤).
وجه قول مالك: اعتبار هذا بالوصية^(٥).
وجه قول زفر: أن اللفظ عام، فيعمل بعمومه.
لنا: إن النذر اقتداء بالمشروع، والصفة^(٦) الواجبة في الشرع معلقة بالمال،
فتختص بما ذكرنا وهو^(٧) الزكاة، إلا أن أبا يوسف يقول: لفظة الملك أعـ
من لفظة المال، فيعم^(٨).
١٤١٤- قال (زفر): إذا وهب عبداً، وسلم^(٩) إليه، ثم اختلفا، بعد زمان، وقد أراد
الراهب الرجوع فيه، فقال الموهوب له: كان صغيراً فكبر، وسمعت عندي -
والزيادة مانعة - وأنكر الواهب ذلك؛ القول قول الموهوب له.
وعندنا: القول قول الواهب^(١٠).
له: إن الواهب يدعي هبة شيئين: الأصل، والزيادة، وهو يكر فصار كما
لو قال الموهوب^(١١)، نيت فيه،

-
- (١) (أو عمرة) سقطت من ش، ز، ق، ط، والأفضل إثباتها لزيادة الإيضاح.
(٢) في ط زيادة (الدهر) ولا تؤثر في تعبير المعنى.
(٣) في المسألة: ١١٤٣، وقال في مغني المحتاج: فإن زاد في لوصية على الثلث ورثة الوارث
الخاص المطلق التصرف؛ بطلت في الزائد على الثلث بالإجماع؛ لأنه حقه. (ج ٣ ص ٤٧)
(٤) في ش، ق، ط (لا نظير له في الشرع) وفي ز (وليس له نظير في الشرع) بدل (في الشرع
لا نظير له) والمعنى واحد.
(٥) في ط زيادة (وأنها معتبرة في الثلث) وهي توضيح المعنى.
(٦) في ش، ز، ق، ط (الصدقة) بدل (الصفة) والأولى أوضح في الدلالة على المعنى.
(٧) في ش، ح، ق، ط (وهي) بدل (وهو) والمعنى معهما واحد.
(٨) في ط (فيتعمم) بدل (فيعم) والمعنى معهما واحد.
(٩) في ز، ق (وسلمه) بدل (وسلم) والأولى أنسب للسياق.
(١٠) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٨٧.
(١١) في ز، ق، ط زيادة (له) وهي توضيح المعنى. ومن قوله (وعندنا: القول ... إلى
كما لو قال الموهوب) سقط من ش، وهو وهم من السامع، حيث اشتهر عليه
(الموهوب) الأولى، بالثانية.

أو صنعت فيه^(١)، وأنكر الواهب.
لنا: إن الموهوب له يدعي لزوم العقد، وبطلان الرجوع^(٢) - وهو^(٣)
الحاصل^(٤) - والواهب ينكر، والكبر ليس بشيء يقصد ليصير مدعيًا. بخلاف
ما استشهد به.

-
- (١) (فيه) سقطت من ق، والإثبات أفضل لاكمال المعنى.
(٢) في ط زياده (فيه) وهو توضح المعنى
(٣) في ش (هو) وفي ق، ز (وهذا) بدل (وهو) والثانية والثالثة أنسب لأداء المعنى.
(٤) (وهو الحاصل) سقط من ط، والإثبات أفضل لزيادة وضوح المعنى .

باب ما قاله الشافعي

١٤١٥- قال (الشافعي): الهبة من الأجانب^(١)، تقع لازمة، وليس للواهب أن يرجع فيها^(٢).

وعندنا : لا تقع لازمة، وللواهب^(٣) الرجوع، إلا لمانع، نحو التمويض، والزيادة، ووقوعها^(٤) من المحارم، وغير ذلك^(٥).

له: قوله - ﷺ -: «العائد في هبته، كالعائد في قبضه»^(٦)، وفي رواية: «كالكلب يقيء»، ثم يعود^(٧). وذاك قبيح، فكذا هذا، ولأنه إبطال ملك ثابت، حَقٌّ للغير، من غير^(٨) رضاه فلا يجوز.

(١) في ط (للأجنبي) بدل (من الأجانب) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ش (حق الرجوع) بدل (أن يرجع فيها) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش، ز، ق زيادة (حق) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٤) في ش، ز، ق، ط (وقوعه) بدل (وقوعها) والثانية أنسب، لأنها تدل على مؤنث وهو (الهبة).

(٥) في ز، ط زيادة (وإذا وهب الوالد لولده فالخلاف على عكس هذا) وهي زيادة توضح المعنى في حق الرجوع للوالد في هبته لولده، ولكن في رواية عن أبي حنيفة لا يحل للوالد أيضًا أن يرجع في هبته لولده.

انظر المبسوط ج ١٢ ص ٤٩، ٥٣، ٥٥. والبدائع ج ٨ ص ٣٦٩٨، ٣٧٠٦. والبيان ج ٧ ص ٨٢٧، وما بعدها، وفتح القدير ج ٧ ص ٤٩٩ وما بعدها وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٩٨. مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٠١، ٤٠٤، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ١١٥، وفتح الوهب ج ١ ص ٢٦٠.

(٦) رواه البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدفته، عن ابن عباس مرفوعًا، ج ٣ ص ٢١٥، ومسلم كتاب الهبة، باب تحريم الرجوع في الصدقة، حديث رقم ٧ ص ١٢٤١، كما رواه أصحاب السنن الأربعة.

(٧) رواه مسلم عن ابن عباس أيضًا، حديث رقم ٥، ٨، في الكتاب والباب السابع ج ٣ ص ١٢٤٠، ١٢٤١.

(٨) في ط (يعير) بدل (من غير) والمعنى معهما واحد.

لنا: قوله - ﷺ -: « الواهب أحق بهبته، مالم يشب منها »^(١)، ولأن هدا عقد قابل للفسخ، وقد فات عرض الواهب منه؛ لأن رجوعه دليل عليه، فيثبت له حق الفسخ^(٢)، رعاية لحقه، وقد عرف، وأما الحديث الذي روى: به نقول^(٣). ليس له أن يرجع فيها، لكنه يرجع إلى القاضي عند فوات غرضه، ليعيده إلى ملكه، وإذا وهب الوالد لولده: الخلاف على عكس هذا^(٤).

١٤١٦- قال (الشافعي): هبة المشاع - فيما يقسم -^(٥) لشريكه، وغير شريكه؛ يحوز.

وعندنا: لا يجوز^(٦).

له: إنه نوع تمليك، فيجوز بالمشاع^(٧) كالبيع^(٨).

لنا: قوله - ﷺ -: « لا تجوز الهبة إلا محوزة مقبوضة »^(٩)، والقبض والحيارة

(١) رواه ابن ماجة، كتاب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها، حديث رقم ٢٣٨٧، ج ٢ ص ٧٩٨. عن أبي هريرة مرفوعاً. رواه الحاكم عن ابن عمر مرفوعاً، وقال الحاكم: « هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه » كتاب البيوع، ج ٢ ص ٥٢، ورواه الدارقطني عن ابن عمر، وعن أبي هريرة وعن ابن عباس مرفوعة، وعن علي موقوفاً، كتاب البيوع، حديث رقم ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٣، ١٨٥، ج ٣ ص ٤٣، ٤٤.

(٢) في (الرجوع) بدل (الفسخ) ولمعنى معهما واحد.

(٣) في ز (وتماه عرف في موضعه) وفي ق، ط (وقد عرف تماه في طريقة الخلاف) بدل (وقد عرف) والثانية أفصل؛ لأنها توضح مكان ورود هذا الخلاف. (انظر المختلف الورقة (١٥٣)).

(٤) قوله (وإذا وهب الوالد لولده، الخلاف على عكس هذا). سقط من ر، ط، وذلك لأنها ذكرت في وسط المسألة وفي ش (والخلاف على عكس هذا إذا وهب الوالد لولده) بدل الجملة السابقة، ومعاهما واحد.

(٥) في ح، أ (يقسم) بدل (يقسم) والمعنى معهما واحد.

(٦) انظر المصنوع ج ١٢ ص ٦٤، والبداية ج ٨ ص ٣٦٨٠، والبناية ج ٧ ص ٨٠٩ وفتح القدير ج ٧ ص ٤٨٨، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٩٣، والأم ج ٤ ص ٦٢.

(٧) في ش، ح، ق، أ (في المشاع) بدل (بالمشاع) والأولى أنسب للمعنى.

(٨) في ز (كما في البيع) وفي ط (كالبيع في البيع) بدل (بالبيع كالبيع) وتؤدي جميعها إلى معنى واحد.

(٩) قال الزيلعي: غريب. (نصب الرأية ج ٤ ص ١٢١)، وقال ابن حجر لم أحده (الدراية ج ٢ ص ١٨٣). قلت: روي موقوفاً على عدد من الصحابة (انظر المسألة رقم ١٢٩٥).

على الكمال لا تتحقق في المشاع بدون القسمة، ولأنها لو أفادت الملك،
لأرجت القسمة، والواهب لم يلتزم ذلك^(١) والله أعلم .

(١) في ر، ط (القسمة) بدل (ذلك) والأولى أفضل؛ لأنها أوضح في الدلالة على المراد وفي
ط زيادة (وقد عرف تمامه في المختلف)، وهذه الزيادة توضح مكان ورود المخلاف .

باب جوابات مالك

١٤١٧- قال (مالك): إذا تغير الموهوب عند الموهوب له بزيادة متصلة أو نحوها،

لم يطل حق الرجوع في قيمته .

وعندنا: يبطل^(١).

له: إنه حق متعلق بالعين، فلا يبطل [بالتغيير]^(٢)، كما في الغصب .

لنا: إن حق الرجوع متعلق بالعين، لا بالقيمة^(٣) وقد تعذر الرجوع في العين، لماعرف، بخلاف الغصب؛ لأنه أخذه بغير حق، فيجب رده، وعند

(١) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٨٣، والبداية ج ٨ ص ٣٧٠٢، والبناء ج ٧ ص ٨٣٣ وما

بعدها. وفتح القدير ج ٧ ص ٥٠٢، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٩٧، ٩٨. وأما عند المالكية قاله على نوعين، هبة رقة، وهبة منفعة

فهبة المنفعة كالعارية والعقري، وأما هبة الرقة فهي ثلاثة أنواع: الأول لوجه الله: تسمى الصدقة، وهذه لا رجوع فيها. والثانية: هبة التودد والمحبة وهذه أيضا لا رجوع فيها، إلا فيما وهب الوالد لولده، الصغير أو الكبير ولها شروط:

١- أن لا يتزوج الولد بعد الهبة.

٢- أن لا يحدث دنًا لأجل.

٣- أن لا تتغير الهبة عن حالها.

٤- أن لا يحدث الموهوب له فيها حدثًا.

٥- أن لا يمرض الواهب أو الموهوب له.

الثالث: هبة ثواب وهي أن يهبه على أن يكافئه الموهوب له، وهذه لا تكون إلا من غني لغني، أو من غني لفقير، أما إذا كانت من فقير لغني لا تصح. وفي هذا النوع إذا تغيرت بزيادة أو نقص يلزم الموهوب له قيمتها يوم قبضها إلا إذا أراد الموهوب له ردها ناسية، زائدة. (انظر القوانين الفقهية ص ٢٤١، ٢٤٢، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ١٠٠٦، ١٠٠٧، وبلغة السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٢٩٤، وشرح الزرقاني ج ٧ ص ١٠٤، وما بعدها وشرح الخرشني ج ٧ ص ١١٣، وما بعدها)

(٢) في الأصل (الأخير) والمعنى لا يستقيم بهذا .

(٣) في ز، (دون القيمة) بدل (لا بالقيمة) والمعنى معهما واحد.

المعجز يجب رد قيمته، أما ههنا^(١) قبض ملك نفسه، وحقه فلا يلزمه شيء.
 ١٤١٨- قال (مالك). إذا قال: وهبت لك هذا^(٢) العين فقبل، ملكه قبل القبض.
 وعندنا: لا يملكه ما لم يقبض^(٣).
 له: إنه وجد التمليك، والقبول، فصار كالبيع.
 لنا: إنه لو أفاد الملك قبل القبض، لزم الواهب تسليمه وهو لم يلزم
 ذلك^(٤).

-
- (١) في ز زيادة (بخلافه، لأنه) وهي تزيد المعنى وضوحاً.
 (٢) في ط (هذه) بدل (هذا) واللفظتان جائزتان.
 (٣) انظر الموطأ ج ١٢ ص ٤٨، والبدائع ج ٨ ص ٣٦٨٨، والبنية ج ٧ ص ٧٩٨. وفتح
 القدير ج ٧ ص ٤٨٠، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٩١، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص
 ٩٩٩. وشرح الخرشي ج ٧ ص ١٠٥، وشرح الزرقاني ج ٧ ص ٩٦.
 (٤) في ط (وهو لم يلزم التسليم بخلاف البيع؛ لأنه معاوضة) بدل (وهو لم يلزم ذلك)
 والأولى أكثر تفصيلاً، وأوضح من الثانية.

كتاب البيوع

باب قول أبي حنيفة على خلاف صاحبيه

١٤١٩. قال (أبو حنيفة): إعلام^(١) رأس المال في المكيل، والموزون والعدي المتفاوت^(٢)؛ شرط صحة السلم^(٣).

وقال أبو يوسف ومحمد: الإشارة كافية^(٤).

لهما: إنه بدل عين، فيكتفى فيه بالإشارة^(٥)، كما في البيع.

له إن جهالة قدر رأس المال يُفَضَّلُ إلى المنازعة؛ لأن المسلم إليه، إذا انفق البعض^(٦)، ووجد في الباقي زيوفاً^(٧) ورده، ولم يستبدله في الحال؛ ينتقض السلم بقدره، ولا يُدْرَى ذلك، فيؤدي إلى المنازعة، ولأنه قد يعجز^(٨)

(١) في ق، ط زيادة (قدر) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٢) في ر، ط (المتقارب) بدل (المتفاوت) والأولى هي الصواب لأن المتقارب مالا يتفاوت أحادهما بالقيمة، ويضمن بالمثل. (البنية ج ٦ ص ٦١١). وكذلك السلم في العدديات المتفاوتة لا يحوز. (البدائع ج ٧ ص ٣١٦٦) وفي ز، ش (المكيلات، والموزونات، والعدديات المتفاوتة) بدل (المكيل، والموزون، والعدي المتفاوت) والمعنى معهما واحد. (٣) السلم لعة: السلف، لأنه أخذ عاجل بأجل. وسمى بهذا لكونه معجلاً على وقته، فإن وقت البيع بعد وجود المبيع في ملك البائع والسلم عادة يكون بما ليس بموجود في ملكه، يجعل فيه الثمن، وتضبط السلعة بالوصف إلى أحل معلوم. (أيس الفقهاء ص ٢١٨، ٢١٩)

(٤) انظر البنية ج ٦ ص ٦٢٩، ٦٣٠. وفتح القدير ج ٦ ص ٢٢٢. وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١١٦. والبدائع ج ٧ ص ٣١٤٩، والمراد بالإشارة أن يقول: أسلمت هذا الشيء.

وهي ش، ر، ق، ط (تكتفي) بدل (كافية) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ش، ر، ق، (فتكتفي فيه الإشارة) بدل (فيكتفى فيه بالإشارة) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ش، ر، ق، ط (بعضه) بدل (البعض) والمعنى معهما واحد.

(٧) الزيوف جمع زيف، وهو الذي خلط به نحاس أو غيره، ففانت صفة الجودة ولم يخرج من اسم الدراهم. (طلبة الطلبة ص ٢٢٧).

(٨) في ش (عجز) بدل (يعجز) والثانية أنسب للسياق.

عن أداء المسلم فيه، فينتفcan على الفسخ، ولا يلزى كم يرد، فإن زاد أو نقص فهو ربًا. بخلاف البيع^(١)؛ لأن البيع إن كان قائمًا أحذه^(٢)، وإلا رد قيمته^(٣)، ولا ربا في ذلك زاد أو نقص. وصورته: إذا قال أسلمت إليك هذه الدراهم في كذا^(٤)، وأسلمت إليك^(٥) هذه [العشرة]^(٦) دراهم أو هذه الدينار في كذا^(٧) أو أسلمت إليه^(٨) هذا^(٩) الطعام في ثياب كذا.

١٤٢٠- قال (أبوحنيفة). وبيان^(١٠) مكان الإيفاء شرط فيما له حمل ومؤنة^(١١).

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يشترط^(١٢)، ويتعين مكان العقد^(١٣).

لهما: إن مكان العقد متعين للتسليم، فلا حاجة إلى التعيين، كما في البيع، وفيما لا مؤنة لحمله^(١٤).

- (١) في ش، ز، ق، ط (بيع عين) بدل (البيع) والمعنى معهما واحد.
 - (٢) في ش (يرد) وفي ز (رد) وفي ق، ط (رده) بدل (أخذه) والأخيرة أنسب؛ لأن المراد بها المشتري. ولنظة (أخذه) سقطت من ش، أ والمعنى لا يتم بدونها.
 - (٣) أي رد البائع قيمة المبيع.
 - (٤) في ش (كرحنة) بدل (كذا) والثانية أفضل لشموليتها لكر الحطة وغيره، وقوله (في كذا) سقط من ط، والإثبات أفضل لاكتمال المعنى.
 - (٥) قوله (وأسلمت إليك) سقط من ق، ط. والمعنى لا يكتمل بدونها.
 - (٦) في الأصل (بعشرة) والمعنى لا يستقيم بها.
 - (٧) في ش، ز زيادة (من الحنطة) ولا فائدة لهذه الزيادة.
 - (٨) في ق (إليك) بدل (إليه) والأولى أنسب للسياق. و (إليه) سقطت من ط، ولا يتغير المعنى بسقوطها.
 - (٩) في ط (وهذه) بدل (وهذا) والثانية أفضل لدلالتها على الطعام، وهو لفظ مذكر.
 - (١٠) (وبيان) سقطت من ز، وأثبتها أفضل لاكتمال المعنى.
 - (١١) في ش، ز، ق (فيما له حمل ومؤنة، شرط لجواز السلم) بدل (شرط فيما له حمل ومؤنة لجواز السلم) والمعنى واحد، وقوله (لجواز السلم) سقط من ر، وإثباته أفضل لإيضاح المعنى.
 - (١٢) في ش (ليس بشرط) بدل (لا يشترط) والمعنى واحد.
 - (١٣) في ش، ز زيادة (له) ولا أثر لها.
- انظر الجامع لصغير ص ٢٦٥، والأصل ج ٥ ص ٦، والمبسوط ج ١٢ ص ١٢٧.
والبدائع ج ٧ ص ٣١٧٦، والنهاية ج ٦ ص ٦٣٥، وفتح القدير ج ٦ ص ٢٢١، ٢٢٢.
وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٦.

(١٤) في ش (وكما إذا لم يكن لحمله مؤنة) بدل (وفيما لا مؤنة لحمله) والمعنى معهما واحد.

له: إن التسليم إنما يجب عند محل الأجل، ولا يدري أين محل الأجل؟ فيحتاج إلى بيان المكان^(١) عند العقد؛ كيلا يؤدي إلى المنازعة، بخلاف البيع؛ لأنه يوجب التسليم في الحال، وبخلاف مالا مؤنة لحمله؛ لأنه لا منازعة في حمله؛ ولأن إعلام قدر المسلم فيه شرط^(٢)، وقدر ماله يتختلف باختلاف الأماكن، فإعلام المكان^(٣) يكون إعلام قدر ماله. وعلى هذا الخلاف. ثمن المبيع المؤجل^(٤) والأجرة في الإجارة إذا كان له حمل، أو^(٥) مؤنة.

١٤٢١- قال (أبوحنيفة): السلم في اللحم لا يجوز.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إذا بين وصفه^(٦) وموضعه^(٧).

لهما: أنه وزني^(٨) معلوم، فصار كالحنطة.

له: إنه يختلف باختلاف كبر^(٩) العظم، وصغره، فيؤدي إلى المنازعة.

وعلى هذا: لا يجوز^(١٠).

-
- (١) في ش، ز، ق، ط (البيان) بدل (بيان المكان) والثانية أفضل؛ لأنها أوضح.
- (٢) في ش، ق زيادة - (بالإجماع) وهي توضح الاتفاق في هذه المسألة بين الأصحاب الثلاثة.
- (٣) في ز زيادة (في السلم) وهي توضح المعنى.
- (٤) في ط زيادة (وما يشترط في الذمة من ذلك لتعديل القسمة إذا كان لحمله مؤنة) وفي ز زيادة (في البيع المؤجل) وفي ق زيادة (والقيمة) والزيادة الأولى أفضل، لما فيها من وضوح وبيان. وفي ش، (والقسمة) بدل (المؤجل) والثانية أفضل لاستقامة المعنى.
- (٥) في ح، أ، ق (و) بدل (أو) والمعنى معهما واحد.
- (٦) في ش، ق زيادة (وصفه وجنسه) وفي ط زيادة (جنسه ووصفه) وهي زيادة لا تغير المعنى قال في الجامع الصغير: وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: «إذا وصف من اللحم موضعًا معلومًا، بصفة معلومة جاز». ص ٢٢٦.
- (٧) انظر الأصل ج ٥ ص ٧، والجامع الصغير ص ٢٦٦، والمسبوط ج ١٢ ص ١٣٧، والبدائع ج ٧ ص ٣١٧، والنباية ج ٦ ص ٦٢١، وفتح القدير ج ٦ ص ٢١٥، ونبيي الحقائق ج ٤ ص ١١٣.
- (٨) في ز (موزون) بدل (وزني) والمعنى معهما واحد.
- (٩) في ق، ز، ط (بكبر) بدل (باختلاف كبر) والمعنى معهما واحد.
- (١٠) في ش، ح، ق، ط، أ (يجوز) بدل (لا يجوز) ولم أجد من نسب هذا القول إلى الحسن بن زياد، ولكن ذكر في البدائع إن هذا هو ظاهر الرواية، وقال: وهو الصحيح.

أيضاً^(١) في منزوع العظم وهي رواية الحسن بن زيد [عنه]^(٢)، ولأنه
يختلف بالسم والهزال، فيؤدي إلى المنازعة، وقيل^(٣): هذا يحور^(٤)
أيضاً^(٥) في منزوع العظم، وهو رواية ابن شجاع عنه^(٦).
١٤٢٢- قال (أبو حنيفة): الاستصناع [الصحيح]^(٧) إذا ضرب فيه أجل شهر،
فصاعداً، بصير^(٨) سلماً، ويشترط فيه شرائط السلم.
وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصير سلماً^(٩).
لهما: إنه استصناع حقيقة، فبالأجل^(١٠) لا [يتغير]^(١١).
له: إنه أمكن تصحيحه استصناعاً^(١٢).

وعلى هذا تكون الثانية هي الأفضل. أما رواية الحواز فقد ذكر في المبسوط أنها اختيار ابن
شجاع، وذكر في البدائع أنها رواية الكرخي عن أبي حنيفة. (انظر البدائع والمبسوط
الأجزاء والصفحات السابقة).

- (١) (أيضاً) سقطت من ط والإثبات أفضل لتأكيد المعنى.
- (٢) سقط ما بين القوسين من الأصل، ق، وإثباتها أفضل لمعرفة أن الرواية عن أبي حنيفة.
- (٣) في ش، ح، ق، ط، أ (وعلى) بدل (وقيل) والثانية أنسب للسياق.
- (٤) في ش، ح، ز، ق، ط (لا يجوز) بدل (يجوز). انظر مامر قبل ثلاثة فقرات، وقد في
البنية: «وهي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني، وهو وجه السمن والهزال، قال
صاحب المختلف - وهو رواية أبي شجاع عن أبي حنيفة - وهو الأصح» ج ٦، ص ٦٢٢.
- (٥) (أيضاً) سقطت من ط، وإثباتها أفضل لتأكيد المعنى.
- (٦) قوله (وهو رواية ابن شجاع عنه) سقط من ش، وإثباته أفضل لمعرفة صاحب هذه الرواية. ابن
شجاع هو محمد بن شجاع الثلجي عالم بالفقه والحديث وقراءة القرآن مع ورع وعبادة، وهو
من تلاميذ الحسن ابن زياد، مات سنة ٢٥٦ هـ (أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص ١٥٨).
- (٧) في الأصل (صحيح) ولا يناسب السياق.
- (٨) في ش (بصير) بدل (يصير) والثانية أنسب للسياق.
- (٩) في ش، ط زيادة (ويبقى استصناعاً) وهي توضح المعنى أكثر. انظر الأصل ج ٥ ص ٩،
والمبسوط ج ١٢ ص ١٣٩، والبدائع ج ٧ ص ٣١٦٩، والبنية ج ٦ ص ٦٦٧، وفتح
القدير ج ٦ ص ٢٤٤. وتيسر الحقائق ج ٤ ص ١٢٤.
- (١٠) في ش (فيذكر الأجل) بدل (فبالأجل) والمعنى معهما واحد.
- (١١) في الأصل (يتعين) والمعنى لا يستقيم معها.
- (١٢) في ز، ش، ق، أ زيادة (أمكن تصحيحه سلماً، وأمكن تصحيحه استصناعاً) وهي زيادة
تؤدي إلى كمال المعنى. وفي ط (سلماً) بدل (استصناعاً) والأولى أفضل، لأن الصير في

لوجود معنى السلم فيه^(١)

وحمله سلمًا أولى؛ لأنه جاءت به السنة^(٢)، والاستصناع ثبت باصطلاح الناس، لا بالحديث.

١٤٢٣- قال (أبو حنيفة): إذا قبض رأس مال السلم، وتفرقا ثم وجد بعضه زيوفًا، فردها^(٣)، واستبدل بها الجياد في مجلس الرد؛ إن قل ذلك^(٤)؛ يجوز، وإن كثر بطل بقدره - وهذا قياس^(٥) -

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز، قل أو كثر - استحسانًا^(٦).

لهما: إن قبض الزيوف صحيح؛ لأنه^(٧) جنس حقه، ولهذا لو تحوز به يجوز^(٨) إلا أنه ينتقض عند الرد بعيب الزيافة. فإذا استبدل في مجلس الرد، يجوز؛ لأنه وجب^(٩) قبض بدله الآن.

له: إن القبض ينتقض من الأصل، ولهذا يعود الأجل لو كان مؤجلًا، ويعود الرهن والكفالة، فصار كأنهما تفرقا من غير قبض إلا أنا تركنا هذا القياس في القليل ضرورة أن^(١٠) الدراهم لا تخلو عن قليل زيف، ثم القليل عند أبي حنيفة - في أكثر الروايات مادون النصف، والكثير ما فوزه، وفي النصف عنه روايتان^(١١).

نصحيح يعرود على الاستصناع.

- (١) في ط زيادة (لأن اللفظ غني عنه) وهي توضح المعنى أكثر. وفي ش (لأن اللفظ غني عنه) بدل (لوجود معنى السلم فيه) والثانية أفضل لوضوحها.
- (٢) في ش زيادة (والأخبار) ولا أثر لها.
- (٣) في ش (فردوها) بدل (فردها) والمعنى معهما واحد.
- (٤) في ش (إن قلت الزيوف) بدل (إن قل ذلك) والأولى أوضح.
- (٥) في ح (وكذا القياس) بدل (وهذا القياس) والمعنى معهما واحد.
- (٦) انظر الأصل ج ٥ ص ٢٤، والبدائع ج ٧ ص ٣١٥٧، ٣١٩٢.
- (٧) في ط زيادة (من) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
- (٨) قوله (ولهذا لو تحوز به يجوز) سقط من ش، ق، ط والإثبات أفضل لإيضاح المعنى أكثر.
- (٩) في ز (وجد) بدل (وجب) والثانية أنسب للتصريح عن المعنى المراد.
- (١٠) في ز (لأن) بدل (أن) والثانية أنسب للمعنى.
- (١١) انظر الأصل ج ٥ ص ٧٦ والبدائع ج ٧ ص ٣١٥٩، ٣١٦٠.

١٤٢٤- قال (أبوحنيفة): إذا قال: أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة^(١) العين^(٢).
والعشرة^(٣) الدنانير التي لي عليك في كذا من الحنطة؛ لم يحز في حق^(٤)
الدنانير بالإجماع، لعدم القدر^(٥) في المجلس. وفي الدراهم، يجوز عند أبي
يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة: لايجوز.

وعلى هذا الخلاف: إذا أسلم كر^(٦) حنطة، في كر شعير، وكذا من^(٧) من
الزيت؛ لايجوز في حق الشعير بالإجماع؛ لأن الكفيل يجمعهما، وفي حق
الزيت عند أبي حنيفة: لايجوز، وعندهما: يجوز^(٨).

لهما: إن المفسد وجد في البعض، فيقتصر الفساد عليه، كما إذا باع
عبدین، فإذا أحدهما مُدْبِر.

له: إن هذا فساد قوى، دخل عليه العقد^(٩) فشاع في الكل، كما إذا باع
دُئْنين من الخل، فإذا أحدهما خمر^(١٠)، وكما إذا باع عبدین فإذا أحدهما
حر^(١١). بخلاف ما إذا وجد أحدهما مُدْبِرًا؛ لأن فساد بيع المدبر ليس

(١) في ش، ز، ق، ط (العشرة الدراهم) بدل (الدراهم العشرة) والمعنى واحد.

(٢) في ط (المعين) بدل (العين) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ق (في العشرة) بدل (والعشرة) والثانية أسب للمعنى والياق

(٤) في ش (قدر) بدل (حق) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) في ز (القبض) بدل (القدر) والمعنى معهما واحد.

(٦) الكر بضم الكاف، اثناعشر وسقًا، أو ستون قفيزًا، وكل قفيز ثمانية مكايك والمكوك
خمسة عشر رطلًا، والرطل مائة وثمانية وعشرون درهمًا. (انظر مفاتيح العلوم ص ٣٠،
والتعريفات الفقهية ص ٤٤١، والبناء ج ٦ ص ٦٤٤).

(٧) (منًا) سقطت من ش، وإثباتها أولى لإيضاح المعنى. والمنا أو المن قدر مائة وثمانون
مثقالًا، أو أربعة وعشرون أوقية. (التعريفات الفقهية ص ٥٠٢، مفاتيح العلوم ص ٢٩).

(٨) (يجوز) سقطت من ش، والمعنى لا يتم بدونها. (انظر الأصل ج ٥ ص ٥٥، والمبسوط
ج ١٢ ص ١٨٢).

(٩) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (في صلب العقد) بدل (عليه العقد) والأولى أفضل لإيضاح
المعنى.

(١٠) في ش، ز، ق، ط زيادة (ولأن قبول العقد فيما فسد العقد فيه شرط صحة العقد في
الآخر، لأنه باعهما جميعًا، فكان شرطًا فاسدًا) وهي توضح المعنى المراد أكثر.

(١١) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٣، والمسألة (١٤٩٣).

بمجمع^(١) عليه.

١٤٢٥- قال (أبوحنيفة): إذا أسلم عشرة دراهم في ثوبين من جنس واحد، وبين جنسهما، ونوعهما، وصفتها^(٢)، وقدرهما وقبضهما عند محل الأجل، وأراد^(٣) أن يبيع أحدهما مربحة^(٤) على خمسة؛ يكره عند أبي حنيفة^(٥). وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكره^(٦).

ولو سمي لكل واحد منهما خمسة؛ لا يكره^(٧) بالإجماع.

لهما: إن حصة كل واحد منهما من الثمن معلومة؛ لأنه^(٨) ينقسم عليهما باعتبار الصفة، وهما متفقان^(٩)، فصار كما لو سمي حصة كل واحد منهما. له: إن الثمن ينقسم عليهما بعد القبض على قدر قيمتهما، لا على قدر صفتها؛ لأن الصفة في المعين لغو، وإنما يعتبر متى^(١٠) كان موصوفاً في الذمة، والقيمة تختلف باختلاف المقومين، فكان مجهولاً فيكره بيعه مربحة كما لو اشتراها بعشرة.

١٣٢٦- قال (أبوحنيفة): إذا اختلف رب السلم، والمسلم إليه في مكان الإيفاء، فالقول قول المطلوب، والبينة بين الطالب ولا يتحالفان.

(١) في ق (بمجمع) بدل (بمجمع) والثانية هي الصراب لموافقتها قواعد النحو والصرف.
(٢) في ز (ووصفتها) وفي ق (ووصفتها) بدل (وصفتها) والأولى والثالثة تؤيدان إلى المعنى المراد.

(٣) في ش (فلو أراد) بدل (وأراد) والمعنى معهما واحد.
(٤) وهي نقل ما ملكه بالعقد الأول، بالثمن الأول مع زيادة ربح. (أنيس الفقهاء ص ٢١١).
وتبين الحقائق ج ٤ ص ٧٣.

(٥) (عند أبي حنيفة) سقط من ش، ز، ح، ق، ط. والأفضل عدم ذكرها؛ لأن الباب باب أبي حنيفة

(٦) (انظر الأصل ج ٥ ص ١٧، ص ١٦٦، والبدائع ج ٧ ص ٣١٥١، ٣١٩٤)

(٧) في ق، ط (لم يكره) بدل (لا يكره) والمعنى واحد معهما.

(٨) في ش (لأن الثمن) بدل (لأنه) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ش، ق زيادة (في الصفة) وهي توصح المعنى.

(١٠) في ز (ما) وفي ق، ط (حين) بدل (متى) والثالثة أفضل لوضوحها.

وقال أبو يوسف ومحمد: يتحالفان^(١)

لهما: إن مؤنة الحمل ملحقة برأس المال^(٢)، فصار كالاختلاف في الثمن، ورأس المال.

له: إنهما اتفقا على المصنفود عليه، وبدله، واختلفا في شرط ملحق به^(٣)، فصار كالاختلاف في خيار الشرط في البيع^(٤) وقوله، ملحق برأس المال، قلنا: بلى [ولكن]^(٥) في حق بعض الأحكام. أما لا يصير^(٦) رأس المال، ولهذا يجوز^(٧) أن يقول في المراجعة: اشتريته بكذا. وهذا^(٨)، بناء على أن بيان مكان الإيفاء هل هو^(٩) موجب العقد أو موجب الشرط؟

عندهما: موجب العقد، فصار كالثمن. وعنده: موجب الشرط، فصار كشرط الخيار^(١٠).

١٤٢٧هـ قال (أبو حنيفة): لو اختلفا^(١١) في الأجل^(١٢)، والمسلم إليه يقول: لم يكن له أجل^(١٣)؛

(١) انظر الأصل ج ٥ ص ٢٢، والمبسوط ج ١٢ ص ١٥٦.

(٢) في ط زيادة (ولهذا يبيعه مراجعة على الجملة) وهي توضح المعنى. انظر البدائع ج ٧ ص ٣١٩٩.

(٣) في ز (رأس المال) بدل (به) والأولى أوضح.

(٤) في ط زيادة (واختلفا هنا في نفس الأجل، أو مقداره) وهي توضح المعنى.

(٥) (ولكن) سقطت من الأصل، ق وإثباتها أفضل لاستقامة المعنى.

(٦) في ز زيادة (هو) ولا تؤثر في تنبيه المعنى.

(٧) في ز، ح، ق، ط (لا يجوز) بدل (يجوز) والأولى موافقة للسياق، لكن الصحيح الثابت، لأن هذا مما يلحق برأس المال عرفاً. (انظر البدائع ج ٧ ص ٣١٩٩).

(٨) في ز زيادة (وقيل هذا) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٩) في ط زيادة (من) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(١٠) انظر المسألة (١٤٢٠).

(١١) في ش (إذا اختلف رب السلم، والمسلم إليه) بدل (ولو اختلفا) والأولى أنضل لما فيها من تفصيل وإيضاح.

(١٢) في ق زيادة (وقال رب السلم كان له أجل) وهذه الزيادة توضح المعنى.

(١٣) في ط (وقال رب المال: مضى الأجل) بدل (والمسلم إليه يقول). لم يكن به أجل) وتؤيدان إلى نفس المعنى. وفي ش (ليس فيه أجل) بدل (لم يكن له أجل) والمعنى واحد.



فالقول قول رب السلم^(١)؛ لأن الأجل يستفاد^(٢) من جهته، ولأن فيه صحة العقد، فلو كان المسلم إليه يدعي الأجل، ورب السلم ينكره، فالقول قول المسلم إليه عند أبي حيفة استحساناً.

وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول رب السلم، ويفسد العقد - وهو القياس^(٣).

لهما: إن المُكَبَّر هو رب السلم، والقول قول المنكر، فإن كان فيه فساد العقد - كرب المال مع المضارب إذا اختلفا، فقال رب المال: شرطت لك نصف الربح، إلا عشرة دراهم^(٤). وقال المضارب: شرطت لي نصف الربح مطلقاً - فالقول قول رب المال.

له: إن القول قول من يشهد له الظاهر، والظاهر يشهد بصحة^(٥) العقد. فصار كالزوجين إذا اتفقا على النكاح، وقال أحدهما: إنه كان بغير شهود^(٦)، فالقول^(٧) قول من يدعي الشهود، بخلاف مسألة المصاربة؛ لأن^(٨) الاختلاف في نوع العقد؛ لأن المصاربة إذا فسدت، صارت إجارة، ورب المال ينكر هذا العقد، فكان القول قوله. أما ههنا اتفقا على عقد واحد.

(١) في ش، ق زيادة (بالإجماع) وهي زيادة حسنة؛ لأن فيها بيان عدم الاختلاف في هذه الناحية. وفي ط (المال) بدل (السلم) والصحيح الثانية.

(٢) في ش، ز، ط (مستفاد) بدل (يستفاد) والمعنى معهما واحد.

(٣) انظر الأصل ج ٥ ص ٢٣، والمبسوط ج ١٢ ص ١٥٧، والبنية ج ٦ ص ٦٥٦، وفتح القدير ج ٦ ص ٢٣٨، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٢٢.

(٤) (دراهم) سقطت من ش، ق، ط، وسقطها أفضل؛ لأنها قد تكون دراهم، وقد تكون دنانير، أو غيرهما.

(٥) في ط (يشهد له لصحة) بدل (يشهد بصحة) والثانية أنسب لاستقامة المعنى. وفي ش (لصحة) بدل (بصحة) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ش، ز (النكاح بغير شهود، والآخر بغير شهود) وفي ق (أن النكاح كان وبالشهود، وقال الآخر: إنه كان بغير شهود). وفي ط (كان النكاح بشهود، وقال الآخر: بغير شهود) بدل (إنه كان بغير شهود) والثانية والثالثة أكمل وأتم، وأنسب للمعنى.

(٧) في ش (قول) بدل (فالقول) والثانية أنسب للمعنى والسياق.

(٨) في ش، ز، ح، ق، ط، أ زيادة (ثمة) وهي توضح المعنى.

١٤٢٨- قال (أبوحنيفة): بيع الرطب بالتمر يجوز إذا^(١) تساويا كيلاً^(٢).
وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز^(٣).

لهما: إن النبي - ﷺ -: سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: «ينقص»^(٤) إذا جف؟ قالوا: نعم، قال: «لا»^(٥).
إذا نهى وبين العلة^(٦)، ولأن الشرط هو التساوي في أعدل الأحوال، وهو حالة اليوسة، ولم توجد.

له: إن الرطب تمر حقيقة، [لأن النبي]^(٧) - ﷺ - نهى عن بيع التمر حتى يزهي، فقليل: وما يزهي؟، فقال: «أن يحمر، أو يصفر»^(٨). وهذه صفة الرطب، فكان هذا بيع التمر بالتمر بمثل، كيلاً، فيجوز بالحديث المشهور، وما روى من الحديث: طَعِنَ فِي ثَقَلَتِهِ^(٩) ولو ثبت فهو غريب، لا يعارض

(١) في ز زيادة (إذا كان) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٢) في ط (متساوياً في الكيل) بدل (إذا تساويا كيلاً) والثانية أفضل لأداء المعنى.

(٣) انظر الأصل ج ٥ ص ٥٨، والمبسوط ج ١٢ ص ١٨٥، والنبات ج ٦ ص ٥٥٥. وفتح القدير ج ٦ ص ١٦٨، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٩٢.

(٤) في ط (أو ينقص) بدل (ينقص) والثانية هي الواردة في الرواية.

(٥) رواه أبو داود من حديث سعد ابن أبي وقاص، كتاب البيوع، باب في التمر بالتمر، حديث رقم ٣٣٥٩، ج ٣ ص ٢٥١، والنسائي كتاب البيوع، باب اشتراء التمر بالتمر، حديث رقم ٤٥٤٥، ٤٥٤٦ ج ٧ ص ٢٦٨، ٢٦٩، والترمذي كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة، والمزبنة، حديث رقم ١٢٢٥، ج ٣ ص ٥١٩، وقال الترمذي، هذا حديث حسن صحيح، رواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر، حديث رقم ٢٢٦٤، ج ٢ ص ٧٦١.

(٦) في الأصل (لقوله) ولا تناسب السياق.

(٧) في س، ق، ط (لأن النبي) بدل (لقوله) والأولى أنسب للسياق.

(٨) رواه البخاري عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، فقليل له: وما تزهي، قال: حتى تحمر» كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل بدو صلاحها ج ٣ ص ١٠١، ورواه مسلم عن أنس بن مالك: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر النخل، حتى تزهر، فقلنا لأنس: ما زهرها؟ قال: تحمر، أو تصفر...» حديث رقم ١٥. ورواه مسلم بلفظ البخاري أيضاً، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح ج ٣ ص ١١٩٠.

(٩) قال الزيلعي: ومداره على زيد بن عياض، وهو ضعيف عند الثقلية. (نصب الرابة ج ٤ ص ٤٠).

الحديث المشهور^(١).

١٤٢٩- قال (أبو حنيفة): لا يجوز بيع دقيق الحنطة بسويقها لامتساويًا، ولا متماصلاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز^(٢) تساويًا أو تفاضلًا^(٣).

لهما: إن الجنس مختلف، لأن أحدهما لا يعود إلى صاحبه^(٤).

له: إنه مكيل، قبول بجنسه من وجه لا يعرف التساوي بينهما فلا يجوز، كالمقلىة بغير المقلىة، وماقالا، [قلنا]^(٥): الدقيق قد يبل، فيقل، فيصير سويقًا، فكان شبهة المجانسة ثابتة في الحال.

وعلى هذا الخلاف^(٦): بيع خبز الحنطة بالحنطة، والمعنى ما بينا.

١٤٣٠- قال (أبو حنيفة): المسلم إذا وكل ذميًا ببيع خمر، أو خنزير أو شرائها، أو بالسلم في خمر- يجوز. وإذا باشر يقع الحكم للمسلم فتخلل الخمر، ويسيب الخنزير.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، ولا يتخذ على المسلم^(٧).

لهما: إن المسلم ليس من أهل تملك الخمر، والخنزير، وتمليكهما^(٨).

(١) في ز زياده (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وفي ق، ط (وتمامه عرف في طريقة الخلاف) وهاتان الزيادتان توضحان مكان ورود هذا الخلاف. (انظر المختلف الورقة ٦٥). والمراد بالحديث المشهور قوله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل، سواء بسواء، بنا بيد، فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد». وسيتم تخريجه في المسألة ١٤٧٥، وقد توسع العيني رحمه الله في الكلام عن هذا الحديث وتخرجه في البناية ج ٥ ص ٥٢٥، وما بعدها.

(٢) في ز زيادة (سواء) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٣) انظر الأصل ج ٥ ص ٥٣، ٥٩، والمبسوط ج ٢ ص ١٧٨، والبناية ج ٦ ص ٥٥٢، وفتح القدير ج ٦ ص ١٦٥، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٩٢.

(٤) في ش، ز، ق، ط، زيادة (صفة صاحبه) وهي زيادة تؤدي إلى اكتمال المعنى واستقامته.

(٥) [قلنا] سقطت من الأصل، ح، أ والأفضل إثباتها لاستقامة المعنى، والسياق.

(٦) في ط (الاختلاف) بدل (الخلاف) والمعنى معهما واحد.

(٧) انظر الأصل ج ٥ ص ٨١، والمبسوط ج ١٢ ص ٢١٦، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥٦.

(٨) في ز (ولا تمليكها) بدل (وتمليكها) والمعنى معهما واحد.

وحكم تصرف الوكيل يقع له^(١) فلا يجوز، كتركاح المجوسية^(٢).
 له: إن التملك، والتملك وجد من الذمي، وهو أهل له، وإنما يشت
 الملك^(٣) للمسلم حكماً، لا قصدًا بتملكه^(٤). والمسلم من أهل ذلك، كما
 لو ورث الخمر، وصار كما إذا كان المسلم^(٥) له عبد نصراني مأذون، أو
 مكاتب اشترى^(٦) خمرًا؛ صح، وثبت الملك للمولى^(٧).
 وعلى هذا الخلاف: المحرم إذ وكل حلاً بشراء صيد، وبيعه^(٨).

١٤٣١- قال (أبوحنيفة): رجل وكل رجلاً بأن يسلم له عشرة دراهم من الدين
 الذي له عليه، في طعام كذا، ولم يبين^(٩) العاقد فأسلمها له، لم يكن سلفاً
 للأمر حتى يقبض الطعام، فيدفعه إلى الأمر^(١٠)، وكذا في الشراء لم يكن م
 اشتراه للأمر، بل له، والدين عليه بحالة. وكذا^(١١) الصرف.
 وقال أبو يوسف ومحمد: يكون للأمر^(١٢).

لهما: إن دراهم^(١٣) الدين لا تتعين في العقود، حتى لو اشترى شيئاً بدراهم
 دين، ثم ظهر أن لا دين عليه، لا يبطل العقد وإذا لم يتعين صار كأنه أطلق
 الدراهم، وصار كتعيين العاقد، أو تعيين العبد في الشراء^(١٤).

-
- (١) في ش (للكيل) بدل (له) والأولى أوضح.
 (٢) في ش (امرأة مجوسية) بدل (المجوسية) والمعنى معهما واحد.
 (٣) في ز (الحكم) بدل (الملك) والثانية أنب للمعنى والسياق.
 (٤) في ط (لتملكه) وفي ح، ز (يملكه) بدل (بتملكه) والأولى أنب لأداء المعنى.
 (٥) في ز، ش، ح، أ، ق، ط (كالمسلم) بدل (كما إذا كان المسلم) والمعنى معهما واحد.
 (٦) في ز (فأشترى) بدل (اشترى) والمعنى معهما واحد.
 (٧) في ش زيادة (فكذلك هنا) وهي توضح المعنى.
 (٨) في ش، ز، ح، ق (أو يبيعه) بدل (ويبيعه) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
 (٩) في ط (يعين) بدل (يبين) والثانية أنب للمعنى.
 (١٠) في (إليه أعي الأمر) بدل (إلى الأمر) والمعنى واحد.
 (١١) في ش، ز، ق، ط (وكذلك) بدل (وكذا) والمعنى واحد.
 (١٢) انظر الأصل ج ٥ ص ٧٦، والمبسوط ج ١٢ ص ٢١٠، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٦٧.
 (١٣) في ش، ح، أ (الدراهم) بدل (دراهم) والثانية أنب للسياق.
 (١٤) قوله (وصار كتعيين العاقد أو تعيين العبد في الشراء) سقط من ط والإتيان أصل لزيادة
 وصرح المعنى.

له: إن هذا توكيل بتمليك الدين من غير من عليه الدين، وإيه لا يصح. وهذا لأن الدراهم تتعين في الوكالة، حتى لو هلك عدد الوكيل؛ بطلت الوكالة.

بخلاف ما إذا عين العاقد؛ لأنه وكله بقبض^(١)، فصار كما لو وهب ديناً على غيره ووكّل الموهوب له بقبضه، وكذا إذا عين العبد، تعين مالكه أيضاً، أما إذا لم يعين فهذا توكيل إنسان مجهول؛ فلا يجوز.

١٤٣٢- قال (أبو حنيفة): الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بما عرّ وهان، بأي مال كان^(٢)؛ يجوز.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز - وهو قول الشافعي^(٣).

لهما: إن المطلق يحمل على المتعارف، وهو البيع بمثل القيمة، أو بفحين يسير، وصار كالوكيل بالشراء.

له: إنه وكله^(٤) بالبيع المطلق، وهذا بيع مطلق؛ فينفذ عليه، وما ذكر^(٥) من العرف قلنا: ربما يتفق حالة يحتاج الإنسان إلى البيع بأقل من قيمته^(٦)، وإطلاق اللفظ، وإقدام الوكيل من غير تهمة، دليل عليه، بخلاف الشراء، لأنه يحتمل أنه اشتراه لنفسه أولاً^(٧) فكان متهماً فيه، حتى لو لم يكن متهماً

(١) في ز، ق، ط، أ (قبضة) بدل (قبض) والأولى أنسب للسياق.

(٢) في ش، ط (ثمن كان) بدل (مال كان) والمعنى معهما واحد.

(٣) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٤٦٣، والجامع الصغير ص ٣٣٥، والباية ج ٧ ص ٣٢٧. ومع التقدير والعناية بهامش فتح القدير ج ٧ ص ٧٢، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٧٠، ومع المحتاج ج ٢ ص ٢٢٣، ٢٢٤، والاختلاف هنا مسمي على أصل أن الإذن المضيق؛ تعري عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف، وعندهما: يختص. (أصول المسائل الخلاقية للذبوسي ص ٣٠).

(٤) في ش، ز، (وكيل) بدل (وكله) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (ذكر) بدل (ذكرا) والثانية هي الصواب؛ لأنه يرد على قول صاحبي.

(٦) في ز، ش، ق، ط (القيمة) بدل (قيمته) والمعنى واحد معهما.

(٧) في ش زيادة (ولم يجده رابحاً فأحاله إليه) وتوضح المعنى أكثر.

بأن وكله بشراء شيء بعيه^(١)، حتى لا يملك الشراء لنفسه، فهو على^(٢) الخلاف.

وعلى هذا الخلاف: إذا وكله بالبيع بثمان مسمى، وشرط عليه أن يرتفع بالثمان رهنا، فأخذ رهنا لايساويه^(٣).

وعلى هذا الخلاف: إذا وكله ببيع عبد، فباع نصفه^(٤)؛ جاز عند أبي حنيفة^(٥)؛ لأنه لو باع كله، بثمان نصفه جاز، فهذا أولى.

وعند أبي يوسف ومحمد: لا ينفذ عليه؛ لأنه يوجب التعيب، فيتضرر به^(٦).

١٤٣٣- قال (أبوحنيفة): الوكيل بالبيع والشراء، إذا فعل ذلك مع من لا تقبل شهادته له بولادة، أو زوجية؛ لا يحوز.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحوز^(٧).

لهما: إنه أتى بما وكل به، والأملك بين الوكيل، ومن^(٨) عقد له^(٩) متبينة، فكان عاقداً مع غيره^(١٠).

(١) مي ش (معين) بدل (معينه) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ش، ز، ح، ق، ط زيادة (هذا) وهذا الزيادة توضح المعنى أكثر. انظر المسألة (١٨٠٨).

(٣) من قوله (وعلى هذا الخلاف ... إلى ... لايساويه) سقط من ز، ح، ق، ط والإثبات أفضل لمعرفة المسائل التي قد تدخل في هذا الخلاف. (انظر المبسوط ج ١٩ ص ٧٨).

(٤) في ش (نصف العبد) بدل (نصفه) والأولى أوضح.

(٥) عند أبي حنيفة سقطت من ط، والإثبات هو الصحيح لمعرفة صاحب القول.

(٦) انظر المبسوط ج ١٩ ص ٤٧، والبدائع ج ٧ ص ٣٤٦٤، والبنية ج ٧ ص ٢٣٣ والجامع الصغير ص ٣٣٥.

(٧) انظر الدائع ج ٧ ص ٣١٤٤، ٣٤٧٢، وفتح القدير ج ٧ ص ٦٩، والبنية ج ٧ ص ٣٢٤، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٦٩، والأصل ج ٥ ص ٢٠٤، والمبسوط ج ١٢ ص ٣١٨.

(٨) مي ز، ق، ط زيادة (وبين من) وهي زيادة توضح المعنى.

(٩) في ش، ق، ط (معه) بدل (له) والثانية أنسب؛ لأن الوكيل يعقد للموكل، لا يعقد مع الموكل.

(١٠) في ش، ق، ط زيادة (فيحوز) وهي توضح المعنى أكثر.

له: إن هؤلاء ينتفع بعضهم بمال بعض^(١)، عادة، فصار التصرف واقفا
لنفسه من وجه، فيورث التهمة.

والصرف والسلم، والإجارة، ونحوهما على هذا الخلاف^(٢)

١٤٣٤- قال (أبوحنيفة): رجل اشترى عينا^(٣) بثمن معلوم، ممن لا تقبل شهادته له
من هؤلاء، وأراد أن يبيع ذلك مرابحة؛ لم يحز من غير بيان^(٤) عند أبي
حنيفة، حلافا لهما، بناء على هذا^(٥).

١٤٣٥- قال (أبوحنيفة): إذا اشترى معدودا^(٦) بشرط العد؛ لم يحز تصرفه فيه حتى
يعده^(٧).

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز. ذكر الاختلاف في التوارد والأما^(٨)
لهما: إن هذا الشراء صح^(٩)، وأفاد الملك^(١٠) من غير شرط. فيجوز
تصرفه^(١١) فيه، كالذرعي.

له: إن البيع قدر ما يتناوله العد، حتى يجب رد ما زاد على البائع^(١٢).

(١) في ط (المض) بدل (بعض) والمعنى معهما واحد.

(٢) والمسألة هنا مبنية على أصل وهو أن عند أبي حنيفة التهمة تعتبر في الأحكام، فكل من
فعل فعلا، وتمسكت التهمة في فعله حكم بفساد فعله. (أصول المسائل الخلافية للدوسي
ص ٣١).

(٣) في ش (شيئا) بدل (عينا) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ق (من غير بيان لم يحز) بدل (لم يحز من غير بيان) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ش (ما ذكرنا) بدل (هذا) وتؤيدان إلى المعنى المراد. انظر المبسوط ج ١٣ ص ٨٨،
والبدائع ج ٧ ص ٣٢٠٤، والأصل ج ٥ ص ١٦٩، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥٦.

(٦) في ش (شيئا عدديا) بدل (معدودا) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ش (ليس له أن يتصرف فيه ما لم يعده) بدل (لم يحز تصرفه فيه حتى يعده) والمعنى
واحد.

(٨) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٢٥١ والبنية، ج ٦ ص ٥١٥.

(٩) في ش، ق، زيادة (قد صح) وهي تؤكد المعنى.

(١٠) في ش، ز، ق، ط زيادة (له) وهي توضح المعنى.

(١١) في ش، ز (التصرف) بدل (تصرفه) والمعنى معهما واحد.

(١٢) في ش، ق، (عليه) بدل (على البائع) والثانية أوضح. وفي، ط زيادة (عليه على البائع)
ولا معنى لهذه الزيادة.

فصار كالوزني^(١)، بخلاف الذرعي؛ لأن الزيادة صفة فيه، حتى^(٢) لا يجب رده^(٣).

١٤٣٦- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى أمة بشرط أن يطاها المشتري؛ يفسد العقد.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يفسد^(٤).

لهما: إنه^(٥) شرط يقتضيه العقد^(٦).

له: أنه شرط فيه نفع للبائع؛ لأنه يمنع حق الرد بالعيب بالوطء^(٧)، فصار كشرط الخدمة للبائع.

١٤٣٧- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى عبداً، أو جارية، بشرط أن يعتقه^(٨)، لا يجوز

عندنا^(٩) خلافاً للشافعي، فلو أعتقه، انقلب جائزاً عند أبي حنيفة، ولزمه الثمن، دون القيمة.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو على الفساد، وتجب القيمة^(١٠).

لهما: إن العقد فسد بهذا الشرط، وقد فوت^(١١)

(١) في ش، ز، ق، ط زيادة (كالكيلى والوزنى، والفقهاء فيه أن احتمال الخطأ في العد قائم، فكان فيه احتمال التصرف فيه لا يملكه) وهي تزيد المعنى وضوحاً وتفصيلاً.

(٢) (حتى) سقطت من ق، ط، وإثباتها أفضل لزيادة وضوح المعنى.

(٣) في ق (ردها) بدل (رده) والأولى أفضل؛ لأن المراد بالضمير الزيادة، وهي لفظ مؤنث.

(٤) في ق، ط زيادة (العقد) وهي توضح للمعنى. انظر فتح القدير ج ٦ ص ٨٠، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥٨، والبدائع ج ٧ ص ٣٠٧٦. وأما إذا اشترى أمة بشرط ألا يطأه المشتري فعند أبي يوسف يفسد العقد كما هو قول أبي حنيفة، وعند محمد يصح أيضاً.

(٥) في ط (إن هذا) بدل (إنه) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ش، ز، ق زيادة (فلا يوجب فساد العقد) وهي زيادة توضح المعنى.

(٧) في ق زيادة (ومثل، هذا الشرط مفسد) وهي زيادة توضح المعنى.

(٨) في ش زيادة (المشتري) ولا أثر لها.

(٩) في ش (يفسد العقد عندنا) بدل (لا يجوز عندنا) وتؤيدان إلى المعنى.

(١٠) انظر البناية ج ٦ ص ٤٢٩، وفتح القدير ج ٦ ص ٧٩، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥٧ والعناية على هامش فتح القدير ج ٦ ص ٧٩، والمبسوط ج ١٣ ص ١٦، والبدائع ج ٧ ص ٣٠٧٤، والمسألة ١٥٥٨، والمجموع ج ٩ ص ٣٥٩.

(١١) في ش، ز، ح، ق، ط (قرر) بدل (فوت) والأولى أنسب للمعنى، لأن الشرط المفسد هو الاعتناق، وحسبما أعتقه فقد قرر هذا الشرط وأكد، والمراد أنه تعذر رده بإعتقه.



الشرط المفسد^(١).

له: إن^(٢) الإعتاق^(٣) حكم العقد، فلا يكون خلاف قضيته، إلا أنه كان في وجوده خطر، فأفسده، وبالإعتاق، زال الخطر فزال المفسد.

١٤٣٨- قال (أبوحنيفة): إذا اشترى عشرة أذرع من مائة دراع من هذه الدار، مائة درهم، لا يجوز.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز^(٤).

لهما: إن عشرة^(٥) من مائة ذراع قدر العشر، فصار كما لو اشترى^(٦) عشر الدار.

له: إن النزاع هنا اسم لما يذرع، وهو موضع عين، وأنه مجهول كحزء عين الدار^(٧). بخلاف العشر؛ لأنه اسم للشائع.

١٤٣٩- قال (أبوحنيفة): إذا نظر إلى قطيع^(٨) إبل، أو بقر أو غنم أو رقيق، أو عدل زطي^(٩): فقال: قد^(١٠) أخذت كل واحد من هذا بكذا دراهمًا^(١١)، ولم يسم جملتها^(١٢)، فالبيع فاسد في الكل.

تحب القيمة.

- (١) في ق زيادة (بالإعتاق) وهي توضح المعنى.
- (٢) في ش، ق، ط، ز زيادة (ملك) والمعنى يزداد وضوحًا معها.
- (٣) في ر، ط (العتق) بدل (الإعتاق) والمعنى معهما واحد.
- (٤) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٦، والجامع الصغير ص ٢٧٦، والثابت ج ٦ ص ٢٣٢، وفتح لغير ج ٥ ص ٤٧٨، والبدائع ج ٦ ص ٣٠٥٢.
- (٥) في ق، ط زيادة (أذرع) وهي تميز العدد هنا.
- (٦) في ز، ق، ط (كشراء) بدل (كما لو اشترى) والمعنى معهما واحد.
- (٧) في ق زيادة (وهو مجهول) وتزيد المعنى وضوحًا.
- (٨) (نطيع) سقطت من ح، ز، ق، ط، أ، ولا يتغير المعنى بسقوطها.
- (٩) عدل الشيء بكسر العين - مثله من حسه في مقداره، ومنه عدل الحمل. والزطي، مسوطة إلى الرط بالضم - سم جيل من الهند، وقيل: جيل بسواد العراق، تنسب إليهم الثياب الزطية. (انظر البناية ج ٦ ص ٢٣٣، ٣٢٠، أبيس الفقهاء ص ٢٠٨، والتعريفات المفهية ص ٣١٣ والأصل ج ٥ ص ٥ بالهامش).
- (١٠) (قد) سقطت من ق ولا يتغير المعنى بسقوطها.
- (١١) في ش، ح، ق، ط، أ (دراهمًا) بدل (دراهمًا) والمعنى معهما واحد.
- (١٢) في ش، ح، ز، ق، ط، أ (جماعتها) بدل (جملتها). والمعنى معهما واحد.

وقال أبو يوسف ومحمد: جائز^(١).

لهما إن المبيع معلوم بالإشارة إلى الجملة، والضمن معلوم؛ فيجوز البيع، كما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبًا، أو بهذه الدراهم^(٢)، ولم^(٣) يعلم وزنها^(٤).

له: إن ضمن الواحد معلوم، لكن المبيع مجهول، للتفاوت، وضمن الكل مجهول، فصار كسواء الشيء برقمه^(٥). ومسألة الحجر: قيل هو على^(٦) الخلاف، فإن كان هذا في كيلبي، أو وزني، أو عددي^(٧): عندهما يجوز في الكل: لما مر. وعند أبي حنيفة: يجوز في قفيز واحد، ومن واحد، وعدد^(٨) واحد؛ لأن هذا القدر معلوم، والباقي مجهول لما مر. فإن كان في صبرة^(٩) من حنطة، وصبرة من شعير، فباع^(١٠) كل قفيز من ذلك كله بدرهم؛ لا يجوز عند أبي حنيفة في شيء من ذلك أيضًا؛ لأن الواحد مجهول

(١) انظر الأصل ج ٥ ص ٨٧، والبدائع ج ٦ ص ٣٠٤٣، والجامع الصغير ص ٢٧٧، والمبسوط ج ١٣ ص ٥، والثانية ج ٦ ص ٢٢٢. وهذه المسألة مبنية على أصل عن أبي حنيفة: وهو أنه إذا صحت التسمية لا يعتبر مقتضى التسمية، وإذا لم تصح يعتبر المقتضى. (أصول المسائل الخلافية ص ٣٠).

(٢) في ش (بهذا الدرهم) بدل (بهذه الدراهم) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش، ز، ط (ولا) بدل (ولم) والمعنى معهما واحد. وفي ح، أ زيادة (ولم يقل) ولا أثر لهذه الزيادة.

(٤) في ط (وزنه) بدل (وزنها) والثانية أنسب للسياق. (انظر البتية ج ٦ ص ٢٢١).

(٥) في ط زيادة (أو بقيمته) وهي زيادة تفصل المراد أكثر. (انظر البدائع ج ٦ ص ٢٠٤٢، والأصل ج ٥ ص ٨٩، والرقم يسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الشمن. حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤١). مثاله أن يشتري ثوبًا بعشرة، ويرقمه شيء عشر، ويبيعه مراوحة على هذا الرقم. (البدائع ج ٧ ص ٣٢٠٢).

(٦) في ش، ز، ح، ق، ط، أ زيادة (هذا) وتؤدي إلى زيادة وضوح المعنى.

(٧) في ق، زيادة (متقارب) وهي زيادة مطلوبة لتوضيح نوع العددي هل هو متقارب أم متفاوت.

(٨) في ش، ز، ق، ط (وشيء) بدل (وعدد) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٩) الصبرة شراء الطعام بأكيل، ولا وزن. (أنيس الفقهاء ص ٢٠٤).

(١٠) في ش (فقال اشترى) بدل (فباع) والمعنى معهما واحد.

أَيْضًا (وَعَدَمَا يَجُوزُ) ^(١).

١٤٤٠- قال (أبوحنيفة): إذا شرط في البيع أو الشراء، الخيار إلى الغد ^(٢)؛ فله الخيار في الغد كله، وكذا إلى وقت الظهر، فله ^(٣) وقت الظهر كله. وكذا إلى الليل ^(٤).

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تدخل الغاية في الخيار ^(٥).

لهما: إن الغاية ^(٦) لا تدخل في المضروب له الغاية، كما في قوله تعالى ﴿ثُمَّ أَتَوْنَا السَّبَّامَ إِلَى أَيْلٍ﴾ ^(٧). وصار كتأجيل الدين إلى رمضان، والإجارة ^(٨)، واليمين ^(٩).

له: إن هذه غاية لإسقاط ما وراءه، لأنه لو اقتصر على قوله: على أني بالخيار تناول الأبد ^(١٠). فإذا قال: إلى الغد؛ يسقط ^(١١) ما وراءه.

وقد قدرناه في مسألة المرافق، في كتاب الصلاة ^(١٢)، بخلاف تأجيل الدين؛ لأن المطالبة تثبت بنفس العقد، والتأجيل تأخير المطالبة ^(١٣)، فكان ^(١٤).

(١) سقط ما بين القوسين من الأصل، ح، ز، ق، ط، أ وإثباتها أولى لمعرفة رأى صاحبين، انظر الجامع الصغير، والمبسوط، والبناءة، والبدائع، الأجزاء والصفحات السابقة.

(٢) في ش (رجل اشترى شيئاً أو باع، وشرط الخيار) بدل (إذا شرط في البيع أو الشراء الخيار) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ط زيادة (في) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٤) في ش، ق (وكذا إلى وقت الظهر، وكذا إلى الليل، ويؤجل الظهر والليل كله) بدل (وكذا إلى وقت الظهر، فله وقت الظهر كله وكذا إلى الليل) والمعنى واحد.

(٥) انظر الأصل ج ٥ ص ١٣٣، والمبسوط ج ١٣ ص ٥٢، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٠٣.

(٦) في ق (الخيار) بدل (الغاية) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) سورة القرة: (١٨٧).

(٨) في ش، ز، (وكالإجارة) وفي ق (وصار كالإجارة) بدل (والإجارة) وجميعها تؤدي إلى المعنى.

(٩) (اليمين) سقطت من ش، ق، وإثبات أفضل لزيادة التفصيل.

(١٠) في ش، ز، ق، ط (تأبد الخيار) بدل (تناول الأبد) والمعنى معهما واحد.

(١١) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (سقط) بدل (يسقط) والمعنى معهما واحد.

(١٢) انظر المسألة: ١٤٧.

(١٣) قوله (والتأويل تأخير المطالبة) سقط من ش، ز، ق، ط وإثباتها أفضل لإبصار المعنى.

(١٤) في ش، ز، ق، ط زيادة (فكان التأجيل) وهي توضح المعنى.

غاية الإثبات^(١)، فلم يدخل^(٢) وكذا الإجارة واليمين^(٣). وأما اليمين، لأنه منع عن الكلام في الحال، ولم يمتد ذكر الغاية إلى ما ذكر^(٤). وأما^(٥) الإجارة^(٦) تقع على المنافع الموجودة للحال، فذكر المدة^(٧) لامتداد إليها، وبخلاف الصوم؛ لأنه مطلقه يقع على الأقل، فذكر الليل لامتداد الصوم إليه^(٨).

١٤٤١. قال (أبو حنيفة): إذا شرط الخيار زيادة على ثلاثة أيام؛ فسد البيع، وهو قول زفر و الشافعي^(٩).

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان معلومًا، يجوز - شهرًا كان أو سنة أو أكثر^(١٠) - ولو شرط خيار الأبد^(١١)؛ لم يجز^(١٢)، بالإجماع. فلو أسقط الخيار^(١٣)، يجوز عند الثلاثة^(١٤). ولو أسقطاه^(١٥) بعد الثلاث لا ينقلب

-
- (١) في ز، ط (للإثبات) بدل (الإثبات) وتؤديان إلى نفس المعنى.
(٢) (فلم يدخل) سقطت من ش، ز، ق، ط، وإثباتها يوضح المعنى.
(٣) (اليمين) سقطت من ش، ز، ط، ق. إثباتها أفضل لزيادة التفصيل في الحكم.
(٤) قوله (وأما اليمين ... إلى ... ماذكر) سقط من ش، ق، ط وإثباتها أفضل لبيان سبب عدم دخول اليمين في الغاية.
(٥) في ز، ط (وكذا) بدل (وأما) وهي توضح المعنى.
(٦) في ش، ق، ط زيادة (لأنها) وهي توضح المعنى.
(٧) في ش، ز، ق، ط زيادة (يكون) وهي توضح المعنى.
(٨) من قوله (وبخلاف الصوم ... إلى ... الصوم إليه) سقط من ش، ق، ط وإثباته أولى، لمعرفة رد أبي حنيفة على الاحتجاج بالآية.
(٩) انظر منفي المحتاج ج ٢ ص ٤٧.
(١٠) في ش (يجوز إن كان الخيار مدة معلومة، نحو سنة، أو شهر أو أكثر) بدل (إن كان معلومًا يجوز. شهرًا كان أو سنة) ويؤديان إلى معنى واحد.
(١١) في ز (الخيار أبدًا) بدل (خيار الأبد) ومعناها واحد.
(١٢) في ز (لا يجوز) بدل (لم يجز) ومعناها واحد.
(١٣) في ش، ز، ق، ط زيادة (في الثلاث) وهي توضح المعنى.
(١٤) في ش، ز، ق، ط (عندنا) بدل (عند الثلاثة) والثابتة أفضل لأنها أبلغ في التعبير عن المراد، وفي ز، ق، زيادة (حلقًا لزفر) وهي زيادة مطلوبة إذ بينت جانبًا من الخلاف هنا بين زفر والثلاثة.
(١٥) في ش (إسقاطه) بدل (أسقطاه) والثانية أنسب للسياق.

جائزاً عند أبي حنيفة^(١)؛ لأن الخيار إلى هذه المدة لا يجوز عنده. وعندهما.
ينقلب جائزاً؛ لأنه يجوز^(٢) إلى^(٣) هذه المدة عندهما^(٤).

لهما: ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه باع جارية، وجعل
للمشتري الخيار شهراً^(٥)، ولأن الخيار ثبت نظراً للعاقدة، فلا يتقدر^(٦)
بالثلاث، كخيار^(٧) العيب.

له: إن الدليل ينفي هذا الشرط؛ لأنه مخالف لقضية العقد على بعض
الوجوه، جوزناه في مدة الثلاث^(٨) لحديث [حَبَّان]^(٩) ابن منقذ^(١٠)
لضرورة^(١١)، ولا ضرورة فيما وراءه. وحديث ابن عمر محمول على
التأجيل في أداء^(١٢) الثمن.

١٤٤٢- قال (أبوحنيفة): رجلان اشتريا شيئاً على أنهما بالخيار ثم أجاز أحدهما؛

(١) في ز، ق، ط (عنده لا ينقلب جائزاً) بدل (لا ينقلب جائزاً عند أبي حنيفة) والمعنى واحد.
(٢) في ق (لا يجوز) بدل (يجوز) والثانية هي الصواب؛ لأن الخيار عندهما يجوز في أكثر من
ثلاث.

(٣) في ز (في) بدل (إلى) والثانية أفضل لأن التعبير عن الغاية يكون (بإلى).
(٤) انظر الأصل ج ٥ ص ١٢٤، والجامع الصغير ص ٢٨٢، والمبسوط ج ١٣ ص ٤١،
والبنية ج ٦ ص ٢٦٠، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٩٩ وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٤، ١٥.
(٥) قال الميني: «هذا غريب جداً» وقد أيضاً: «وقال العنابي إن عبدالله بن عمر باع بشرط
الخيار شهراً، وقال في المختلف: روي عن ابن عمر أنه باع جارية وجعل للمشتري الخيار
شهراً، كل هذا لم يثبت». (البنية ج ٦ ص ٢٦١). وقال الزيلعي: غريب جداً (نصب
الراية ج ٤ ص ٨).

(٦) في ق (يتقدر) بدل (يتقدر) والثانية أنسب للمعنى.
(٧) في ش (الخيار) بدل (كخيار) والثانية أنسب للمعنى إذ المراد التمثيل هنا بخيار العيب.
(٨) في ق، ط (في الثلاث) بدل (في مدة الثلاث) والمعنى واحد.
(٩) في الأصل (ابن حبان) وهو وهم من الناسخ.
(١٠) هو حَبَّان - بفتح الحاء، وتشديد الباء - ابن منقذ بن عمرو بن عطية، الأنصاري الحزرجي،
مات في خلافة معاوية. (الإصابة ج ١ ص ٣٠٣).
(١١) رواه الحاكم، كتاب البيوع، ج ٢ ص ٢٢، والدارقطني، كتاب البيوع حديث رقم ٢٢٠،
ج ٣ ص ٥٥، ٥٦. ورواه البيهقي، كتاب البيوع، باب الدليل على أن لا يجوز شرط
الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ج ٥ ص ٢٧٣.
(١٢) (أداء) سقطت من، ش، ز، ق، وإثباتها أفضل لتمام المعنى.

ليس للآخر أن يفسخه.

وقال أبو يوسف ومحمد: له: ذلك^(١). فعلى^(٢) هذا الخلاف خيار الرؤية، والعيب قبل القبض، وبعده^(٣).

لهما: إنه لو لم يملك فسخة كان إلزام^(٤) البيع عليه^(٥) لا برضاء^(٦) وإبطالا^(٧) لشرطه^(٨)، وصار كما لو اشترى عبداً على أنه بالخيار في نصفه.

له: إن رد أحدهما دون الآخر يوجب عيباً في المبيع^(٩) لم يكن عند البائع، أعني عيب الشركة^(١٠) فصار كما لو تعيب بعيب آخر.

١٤٤٣- قال (أبو حنيفة): إذا كان الخيار للبائع والمشتري جميعاً؛ لم يخرج المبيع عن ملك البائع^(١١) ولا يزول^(١٢) الثمن عن ملك المشتري بالإجماع. ولو كان الخيار للبائع لا يزول^(١٣) المبيع عن ملكه، ولم يدخل في ملك المشتري بالإجماع. والثمن يزول عن ملك المشتري بالإجماع لكن لا يدخل في ملك

(١) في ط (له أن يفسخه) بدل (له ذلك) والأولى أفضل لوضوح المعنى معها.

(٢) في ش، ز، ق، ط (وعلى) بدل (فعلى) والأولى أنسب للسياق.

(٣) (وبعده) سقطت من ش، ز، ق، ط. والإثبات أفضل لاكتمال أجزاء الحكم. انظر الجامع لصغير ص ٢٨٣، والأصل ج ٥ ص ١٣٢، والمبسوط ج ١٣ ص ٥٠، والبنية ج ٦ ص ٢٩٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٢٦، ٥٢٧، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٢.

(٤) في ش (التزام) بدل (إلزام) والثانية أنسب للمعنى. وفي ق زيادة (هذا إلزام) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٥) في ح (إلزاماً عليه) بدل (إلزام لبيع عليه) والثانية أفضل لوضوحها.

(٦) في ز، ط (من غير رضا) وفي ش (بغير رضا) بدل (لا برضاء) والمعنى مع هذه الألفاظ واحد.

(٧) في ش (لشرعته) بدل (لشرطه) والثانية أنسب للمعنى.

(٨) في ش (يوجب التعيب عيباً) وفي ز (يوجب في المبيع عيباً) بدل (يوجب عيباً في المبيع) والثانية والثالثة تؤديان إلى المعنى المراد.

(٩) في ش (الشرط) بدل (الشركة) والثانية أنسب لأداء المعنى.

(١٠) في ش، ز، ق (عن ملكه) بدل (عن ملك البائع) والمعنى واحد.

(١١) (يزول) سقطت من ش، ز، ح، ق، ط، أ. ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(١٢) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (ولو كان للبائع لم يزول) بدل (ولو كان الخيار للبائع لا يزول) والثانية أفضل لما فيها من زيادة توضيح المعنى أكثر.

البائع عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد: يدخل. ولو كان الخيار للمشتري لا يزول^(١).
التمن عن ملكه، ولم يدخل في ملك البائع بالإجماع. وخرج المبيع عن ملك البائع، ولم يدخل في ملك المشتري، عند أبي حنيفة، خلافاً لهما^(٢).

لهما: إن المانع - وهو الخيار - شرع^(٣) نظرًا لمن له الخيار، والنظر في منع زوال ملكه، لا في منع دخول شيء^(٤).

له: إن هذا الخيار شرع لدفع الغبن، ولو أفاد المالك في جانب من لا^(٥) خيار له فمن له الخيار ربما لا يقدر على دفعه، بأن كان المبيع عبدًا، هو قريبه؛ فيعتق عليه، أو يتصرف^(٦)، تصرفًا يوجب المنع من الرد، فأما الزوال عن ملكه^(٧) لا يمنع فائدة الخيار فلا يمنع.

وشرة هذا الخلاف^(٨) تظهر في مسائل منها.

إن الخيار إذا كان للمشتري، فالزوائد ترد على البائع إذا فسخ^(٩). عقده.

(١) في ش، ز، ق، ط (لم يزل) بدل (لا يزول) والمعنى واحد معهما.

(٢) انظر المسروط ج ١٣ ص ٦٥ وما بعدها، والبنية ج ٦ ص ٢٦٧، وما بعدها، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠٤، وما بعدها. وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٦، وما بعدها، والبدائع ج ٧ ص ٣٢٩٧، وما بعدها.

(٣) في ش، ق (إنما شرع) بدل (شرع) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ش، ز، ق، زيادة (دخول شيء في ملكه، ولأنه لو لم يملك يؤدي إلى نسيب العس) وفي ح، ط، أ زيادة (في ملكه) وهاتان الزيادتان توضحان المعنى، إلا أن الأولى أكثر بوضوحًا.

(٥) في ش، ز، ق (له) بدل (لا) والثانية أنسب للسياق.

(٦) في ش (يصرف) بدل (يتصرف) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ق (ملك من لا خيار له) بدل (ملكه) والأولى توضح المراد بالضمير هي الثانية.

(٨) في ش، ق (الاختلاف) وفي ز، ط (الخلاف) بدل (هذا الخلاف) والمعنى واحد مع هذه الألفاظ الثلاثة.

(٩) في ش، ز، ط (إن الخيار إذا كان للمشتري وفسخ العقد، فالزوائد ترد على البائع عنده) بدل (إن الخيار ... إلى ... إذا فسخ عنده) والمعنى واحد.

وقال أبو يوسف ومحمد: هي ^(١) للمشتري ^(٢). ومنها: إذا اشترى قرية، لم يعتق عليه عنده، وعندهما: يعتق ^(٣).
ومنها: إذا اشترى زوجته الأمة، وقد ولدت منه، لم تصر أم ولد ^(٤) عنده. وعندهما: تصر أم ولد ^(٥).
ومنها: أن هذا النكاح لا يبطل عنده، خلافاً لهما ^(٦).
ومنها: لو وطئها بعد الشراء، وهي ثيب؛ لم يصر قابضاً عنده، ولا يفسد الخيار، خلافاً لهما ^(٧).
ومنها: أنها لو حاضت في مدة الخيار، لم تحتسب من الاستبراء عنده. خلافاً لهما ^(٨).
ومنها: أنه لو فسخ البيع قبل القبض، أو بعده، فلا ^(٩) استبراء على البائع عنده. وعندهما: إن فسخ قبل القبض لا يجب الاستبراء استحساناً، ولو ^(١٠)، فسخ عنده بعده، وجب قياساً، واستحساناً ^(١١).

-
- (١) (هي) سقطت من ش، ز، ط وإثباتها أفضل للإيضاح المعنى.
(٢) من قوله (إن الخيار ... إلى ... هي للمشتري) سقط من ق والإثبات أفضل لمعرفة الحكم في هذه المسألة. (انظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق ج ٤ ص ١٦، والدائع ح ٧ ص ٢٣٠٩).
(٣) في ق زيادة (على المشتري) وهي توضح المعنى. (انظر المبسوط ج ١٢ ص ٦٦، والنباية ج ٦ ص ٧٣، وتبين الحقائق ج ٤ ص ٧).
(٤) في ش، ز، ح، ق، ط، أ زيادة (له) وهي توضح المعنى.
(٥) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (خلافاً لهما) بدل (وعندهما: تصر أم ولد) والمعنى معهما واحد. (انظر النباية ج ٦ ص ٢٧٥ وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٧).
(٦) (انظر المبسوط ج ١٣ ص ٦٦، والنباية ج ٦ ص ٢٧٢، وما بعدها. وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٧).
(٧) انظر النباية ج ٦ ص ٢٧٢، وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٧.
(٨) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٦٧، وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٧، والنباية ج ٦ ص ٢٧٤، وفي جميع المسائل انظر البدائع ج ٧ ص ٣٢٩٨، وما بعدها.
(٩) في ش (لا يجب) بدل (فلا) والمعنى معهما واحد.
(١٠) في ق (وإن) بدل (ولو) والمعنى معهما واحد.
(١١) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٦٧، والنباية ج ٦ ص ٢٧٤. وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٧، وفي

ومنها: أنه لو اشترى شيئاً على أن البائع^(١) بالخيار، وقبضة ياذن البائع، ثم أودعه عند البائع فهلكت عنده، في مدة الخيار أو بعده ملك على البائع، وبطل البيع عنده؛ لأن القبض قد انتقض. وعندهما: يلزمه الثمن؛ لأنه أودع ملك نفسه^(٢).

ومنها: أن المأذون إذا اشترى من رجل^(٣) شيئاً على أنه بالخيار ثم أبراه البائع عن الثمن، فالخيار باق، ويجوز رده، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز رده؛ لأنه ملكه، ورده تبرع؛ لأنه بغير ثمن^(٤).

ومنها: أن الذمي إذا اشترى خمرًا، أو خنزيرًا من ذمي، على أن المشتري بالخيار^(٥)، ثم أسلم المشتري؛ بطل البيع عنده، لأن الإسلام يمنع التملك، وعندهما: لا يبطل؛ لأنه تم الملك^(٦).

١٤٤٤- قال (أبو حنيفة): المتبايعان^(٧) إذا اختلفا في اشتراط الخيار^(٨) فالقول قول من ينفيه^(٩) - في ظاهر الرواية - عن أبي حنيفة: إن القول قول مدعي

في زيادة (ومنها أن الخيار إذا كان للمشتري وفسخ العقد؛ فالزوائد ترد على لبائع عنده. وعندهما للمشتري). وهذه الزيادة محلها في النسخ الأخرى كان بداية بيان ثمة الخلاف.

(١) في ق، ط (أن المشتري) وفي ش، ز (إنه) بدل (إن البائع) والصواب الأولى والثانية؛ لأن المراد أن الخيار هنا للمشتري. (انظر البناية ج ٦ ص ٢٧٦).

(٢) (انظر تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٦، والبناية ج ٦ ص ٢٧٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠٨).

(٣) في ش، ز، ق، ط (حر) بدل (رجل) والأولى أفضل لموافقة ما بعده (وهو قوله: ثم أبراه البائع) والبائع لا يبرأ إلا الحر.

(٤) في ق (ضمان) بدل (ثمن) وتؤيدان إلى المعنى المراد... (انظر البناية ج ٦ ص ٢٧٧. وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠٨).

(٥) في ط زيادة (ثلاثة أيام) وهذا عند أبي حنيفة، أما عند الصاحبين فهو مدة الخيار المشروطة. انظر المسألة ١٤٤١.

(٦) في ش زيادة (لأن الإسلام يمنعه عن إخراجه عن ملكه) وهي زيادة تفصل المعنى. (انظر المبسوط ج ١٣ ص ٦٦، والبناية ج ٦ ص ٢٧٨، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠٩، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٧، الأصل ج ٥ ص ١٤٧).

(٧) في ر (المتبايعان) بدل (المتبايعان) والمعنى معهما واحد.

(٨) في ق، ط زيادة (ونفيه) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٩) في ش (من ينفي الخيار) بدل (من ينفي) والمعنى معهما واحد.

الخيار^(١).

وجه هذه الرواية: أنه ينكر زواله عن ملكه، أو وجوب الثمن عليه.

وجه ظاهر الرواية: أنه ينكر عارضاً، وهو ثبوت حق الفسخ مع وجود العقد المزيل للملك، فكان القول قوله.

١٤٤٥- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى شيئاً لم يره، فوكل إنساناً بقبضه، فروية الوكيل كرويته، وبطل خياره عند أبي حنيفة^(٢).

وعند أبي يوسف ومحمد: لا يبطل^(٣).

لهما: إنه مأمور بالقبض، دون الرؤية، فصار كالرسول.

له: إن التوكيل بالشيء، توكيل بإتمامه، وتامم القبض بالرؤية، وكونه بحال لا ينتقض بالفسخ، بخلاف الرسول؛ لأنه لا يملك إتمامه^(٤)، ولهذا قلنا: إن الرسول في البيع لا يملك التسليم الذي هو تمام البيع، والوكيل^(٥) يملك.

١٤٤٦- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى ثوباً^(٦)، بعشرة، وقبضه، ثم باعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة؛ لم يبع^(٧)، مربحة إلا على خمسة عند أبي حنيفة^(٨). فيطرح الربح الأول، وإن اشتراه بعشرة، وقبضه فباعه بعشرين، ثم اشتراه بعشرة^(٩)؛ لم يبع مربحة أصلاً - عند أبي حنيفة^(١٠).

(١) انظر المبوط ج ١٣ ص ٥٩، والأصل ج ٥ ص ١٤٠.

(٢) (عند أبي حنيفة) سقطت من ط، ولا يؤثر في تغيير المعنى؛ لأن الباب باب أبي حنيفة

(٣) انظر الجامع الصغير ص ٢٨٠، والأصل ج ٥ ص ١٥٠، والمبوط ج ١٣ ص ٧٣،

والباية ج ٦ ص ٣١٣، ٣١٤، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٣٩، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٨.

(٤) قوله (وتمام القبض ... إلى ... لا يملك إتمامه) سقط من ق، ش، والإثبات أفضل لزيادة الإيضاح والتفصيل.

(٥) في ق (والقول) بدل (الوكيل) والثانية أنسب لأداء المعنى.

(٦) في ش (شيئاً) بدل (ثوباً) والمعنى معاً واحد.

(٧) في ق، ط (يبعه) بدل (يبع) والثانية توافق قواعد النحو فقد سبقها جازم.

(٨) (عند أبي حنيفة): سقطت من ق، ط، ولا يتغير المعنى بذلك، لأن الباب لآبي حنيفة

(٩) في ش، ز، ق، ط (ولو باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة) بدل (وإن اشتراه بعشرة فعصه، فباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة) والثانية أفضل، لأنها أكمل.

(١٠) (عند أبي حنيفة) سقطت من ش، ح، ق، ز، وعدم ذكرها أفضل لأن الباب باب أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يبيعه مرابحة على الثمن الثاني في المصلين حنيئة^(١).

لهما: إن هذا الشراء جديد، لا تعلق له بالأول، فلا يعتبر فيه ما ربحه^(٢) قبل ذلك، كما إذا تداولته، الأيدي، ثم اشتراه هو.

له: إن بيع المرابحة بناء على الأمانة، فيتحرر فيه عنه شبهة الخيانة، إلا ترى أنه لو اشترى بألف نسيئة، وليس له أن يبيعه مرابحة بألف نقدًا ما لم يبين، وهنا شبهة الخيانة ثابتة؛ لأن الربح الذي ربحه في البيع الأول بفرض السقوط بمسح البيع الأول. وإنما يتأكد له ذلك بالبيع الثاني، فصار بالعقد الثاني مشتريًا للثوب، وتأكد الربح الأول، وهو خمسة بعشرة، فليس له بيع الثوب وحده مرابحة على ذلك، بخلاف ما إذا تداولته الأيدي^(٣)؛ لأن الربح تأكد ببيع بعده.

١٤٤٧- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى ثوبًا فقبضه، فلبسه، فتخرق بلبسه، أو طعمًا فأكله، ثم علم بغيب به^(٤)؛ لا يرجع بنقصان العيب عند أبي حنيفة^(٥).
وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع^(٦).

لهما: إن هذا تصرف مشروع، فكان مقررًا لملكه، فكان الهلاك على ملكه، فلم يتمتع الرجوع بالنقصان، كما في العتق.
له: إن هذا إتلاف المبيع، فكان كالتخريق، والقتل^(٧)، بخلاف العتق، لأنه

(١) انظر الأصل ج ٥ ص ١٦٠، ١٦١، والجامع الصغير ص ٢٨٤، المبسوط ج ١٣ ص ٨٢، والباية ج ٦ ص ٤٩٥، ٤٩٦، وفتح القدير ج ٦ ص ١٢٧، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٧٦.

(٢) في ش (ما ربحه) بدل (ما ربحه) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ط زيادة (لأن تبدل الملك، كتبدل العين) والزيادة أفضل لزيادة الإيصاح.

(٤) (به) سقطت من ق، وذكرها أفضل لاستقامة المعنى.

(٥) (عند أبي حنيفة): سقطت من ش، ز، ح، ق، ط، أ وعدم ذكرها أفضل؛ لأن الباب باب أبي حنيفة، فهو تحصيل حاصل.

(٦) انظر الأصل ج ٥ ص ١٨٣، والمبسوط ج ١٣ ص ١٠١، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٥٧، ومختصر الطحاوي ص ٨٠.

(٧) في ش (وقتل المائة) بدل (والقتل) والثانية أفضل لعمومها.

إنهاء الملك، وليس بإتلاف، وهذا لأن الأكل والتخريق فعل يوجد^(١) بغير ملكه^(٢)، وهو في نفسه مُقْتَضٍ للضمان. وإنما يشترط^(٣) الضمان فيما يملك^(٤). وصار^(٥) سقوط الضمان كالبذل الحاصل له، فصار كالبيع، فيمتنع الرجوع بالنقصان، بخلاف العتق^(٦)؛ لأنه لا يتصور بدون الملك، فلا يكون موجباً للضمان.

١٤٤٨- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى عبداً فوجده حلال الدم، بقصاص أو رد، وقتل؛ عند أبي حنيفة: يرجع على البائع بجميع الثمن.

وعند أبي يوسف ومحمد: يرجع بتفاوت ما بينه وبين حرام الدم^(٧)، وعلى هذا إذا قبضه وكان قد سرق عند البائع، فقطع عنده^(٨)؛ رجوع عند أبي حنيفة^(٩)، بنصف الثمن، وعندهما: بتفاوت ما بينه وبين^(١٠) غير واجب القطع^(١١).

-
- (١) في ق زيادة (من الإنسان) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
 - (٢) في ش، ح، ق (ملك) بدل (ملكه) وتؤديان إلى معنى واحد.
 - (٣) في ش، ز، ح، ق (يسقط) بدل (يشترط) والأولى أنسب للمعنى.
 - (٤) في ق، أ، ح، (بالمملك) بدل (فيما يملك) والمعنى واحد. وفي ز، ط (إذا وجد من الإنسان في غير الملك، كان مقتضياً للضمان في نفسه، وإنما سقط الضمان بالملك) بدل (يوجد بغير ملكه، هو في نفسه مقتضى للضمان، وإنما يشترط الضمان فيما يملك) والأولى أفضل لوضوح معنى فيها.
 - (٥) في ز، ط (فصار) وفي ش (فكان) بدل (وصار) وتؤدي إلى معنى واحد.
 - (٦) والحاصل في العتق أنه لو اشترى عبداً، فأعتقه فوجد به عيباً؛ لم يرجع به؛ لأنه صار حائساً بدله، باتفاق. (الجامع الصغير ص ٢٩٠، والبناء ج ٦ ص ٣٤١).
 - (٧) في ز، ط (ما بين حلال الدم وحرام الدم) بدل (ما بينه وبين حرام الدم) والمعنى واحد.
 - (٨) في ش (وكان مستحق القطع بسبب السرقة عنده) بدل (وكان قد سرق عند البائع فقطع عنده) والثانية أنسب لأداء المعنى.
 - (٩) في ش (عنده يرجع) وفي ق (رجع عليه) بدل (رجع عند أبي حنيفة) والثالثة أفضل لوضوحها.
 - (١٠) في ق، ط (ما بين كونه واجب القطع) بدل (ما بينه وبين) والأولى أفضل؛ لأنها تؤدي المعنى بوضوح.
 - (١١) انظر الجامع الصغير ص ٢٨٩، الأصل ج ٥ ص ١٩٦، والمسوط ج ١٣ ص ١١٥.

لهما: إن التلف حصل في يد المشتري بفعل يقتصر عليه، فلا يرجع به على البائع، كما إذا كانت الحارية حاملاً، فولدت في يد المشتري وماتت، وكما لو حُتَّت^(١) في يد البائع، وماتت في يد المشتري.

له: وحهان، أحدهما: أن القتل أو القطع يضاف إلى سبب كان في يد البائع، ولأن الوجوب في يده، والوجوب يفضي إلى الوجود. والثاني: أن التسليم لم يصح؛ لأنه مستحق القتل والقطع، فصار كأنه قتل، أو قطع قبل القبض، وهذا^(٢) كمن غصب عبداً، فقتل رجلاً عنده عمداً. ثم رده على المولى، فقتل قصاصاً، له أن يضمن الغاصب جميع قيمته، كذا^(٣) هذا، أما مسألة الحمى إن علم^(٤) أنها ماتت^(٥) بالحمى، يرجع عنده، ومسألة الولادة كذلك عنده. وقال في الجامع الصغير في المغصوبة: إذا حبلت ثم ردت، فولدت في يد المالك، وماتت؛ له أن يُضْمَنَ الغاصب جميع قيمته^(٦) عنده. خلافاً لهما^(٧) وهذا مثل ذلك.

١٤٤٩- قال (أبو حنيفة): إذا باع جارية، أو عبداً، فاكتسبها كسباً قبل القبض، ثم ماتت^(٨)، انتقض البيع، وكسبهما^(٩) للمشتري عند أبي حنيفة^(١٠).

والبابة ج ٦ ص ٣٦٤، وفتح القدير ج ٦ ص ٣٤ وما بعدها، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٢.

- (١) في ش (أو كان المد حمياً) بدل (وكما لو حمت) والثانية أنب للسياق.
- (٢) في ش (وصار) بدل (وهذا) والمعنى معهما واحد.
- (٣) في ز، ش، ط (فكذا) بدل (كذا) والمعنى معهما واحد. وفي ق (كذا) سقطت، وذكرها أفضل لتمام المعنى.
- (٤) في ق (أما في مسألة الحمى، فلنا إن علم) بدل (أما مسألة الحمى إن علم) والمعنى معهما واحد.
- (٥) في ش (أنه مات) بدل (أنها ماتت) والثانية أفضل؛ لأن الحديث كان عن الجارية.
- (٦) في ش، ر، ح، ق، ط (قيمتها) بدل (قيمته) والأولى أفضل؛ لأن سباق الحديث عن الحارية.
- (٧) انظر الجامع الصغير ص ٣٨٣.
- (٨) الأولى أن يزيد (أومات) لاستقامة المعنى.
- (٩) في ش (ما اكتسب) وفي ق (والكسب) وفي أ (وكسبها) بدل (وكسبهما) والآخر: أك للمعنى.
- (١٠) قوله (عند أبي حنيفة) سقط من ش، ز، ح، ق، ط، أ وسقطها أفضل؛ لأن الباب باب

قال أبو يوسف ومحمد: هو للبائع^(١).
 لهما: إن البيع قد انتقض^(٢)، وجعل كأن لم يكن، فتبين أن الكسب كان
 على ملك البائع.
 له: إن الكسب حصل على ملك المشتري، والنفذ لم يظهر في حقه، لأن
 النفذ يرد على المبيع، وهو^(٣) ليس بمبيع.
 ١٤٥٠- قال (أبو حنيفة): إذا باع جارية من رجل بيعاً بائناً، ثم تقايلاً قبل القبض،
 فعلى البائع الاستبراء^(٤)، في قول أبي حنيفة الأول - ذكره في الأمالي - وهو
 القياس. وفي الاستحسان - وهو قوله الآخر - وهو قولهما: لا يجب^(٥)
 وجه قوله الأول: أنها كانت^(٦) زالت عن ملكه والآن ملكها^(٧).
 لهما: ^(٨) إن العقد انفسخ من الأصل، وجعل كأن لم يزل عن ملكه.
 ١٤٥١- قال (أبو حنيفة): ولو اشترى جارية من مأذون له مديون^(٩) فعليه
 الاستبراء^(١٠)، وهو الاستحسان.

أبي حنيفة.

- (١) والأصل في هذا أن عند الحنفية إذا هلك المبيع في يد البائع انتقض البيع. (انظر مختصر
 الطحاوي ص ٧٩، البدائع ج ٧ ص ٣٠٩٩).
- (٢) (قد) سقطت من ط، ولا يتغير المعنى بسقوطها.
- (٣) في ش، ز، ق زيادة (من الأصل) وهي زيادة تؤكد المعنى.
- (٤) في ش (والكسب) بدل (وهو) والأولى أوضح.
- (٥) الاستبراء هو طلب براءة الرحم من الحمل. (التعريفات الفقهية ص ١٧٠، والبدائع ج ٢
 ص ٣٢٧٠) وفي ش (يجب الاستبراء على البائع) بدل (فعلى البائع الاستبراء) والمعنى
 واحد.
- (٦) في ق (لا استبراء وهو قوله الآخر، وهو قولهما). بدل (وهو قوله الآخر، وهو قولهما
 لا يجب) والمعنى معهما واحد. انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٤٨، والبدائع ج ٧ ص
 ٣٢٧١، والأصل ج ٥ ص ٢٥٠.
- (٧) (كانت) سقطت من ق، ط. ولا يتغير المعنى بسقوطها.
- (٨) في ق زيادة (ملكاً جديداً) وهي توضح المعنى أكثر.
- (٩) في ق، ط (وجه قوله الآخر) بدل (لهما) والأولى أفضل لمناسبتها ما قلها، والأصل
 تكون العارة (وجه قوله الآخر وقولهما).
- (١٠) في ش (عنده المأذون المديون) بدل (مأذون له مديون) والمعنى معهما واحد.
- (١١) في ش. (يجب الاستبراء على المولى) بدل (فعليه الاستبراء) والمعنى معهما واحد.

وعند أبي يوسف ومحمد: إن حاضرت عند المأذون^(١) بعد قبضه إياها، حاز للمولى أن يطاها . بناءً على أن دين العبد يمنع ملك المولى عنده .
وعندهما: لا^(٢) .

١٤٥٢- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى المكاتب أخته، أو عمته، أو خالته، ثم محز ورد في الرق، فعلى المولى الاستبراء في هذه الجارية عند الإمام الأعظم^(٣) .
وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجب، وهو فرع مأمور في العتاق^(٤): أن هؤلاء لم يتكاتبن عليه، فصرن كالأجنبيات .

وعندهما: يتكاتبن، فصرن كأم المكاتب، وثنته، والمكاتبه بنفسها إذا محزت فلا استبراء فيها^(٥) .

١٤٥٣- قال (أبو حنيفة): إذا باع جارية من إنسان، ثم وطئها البائع قبل القبض؛ لم^(٦) يلزمه العقد؛ لأنه لو أتلّف كله، لا يلزمه شيء^(٧)، وهل يسقط شيء من الثمن، إذا لم ينقصها الوطء؟ عند الإمام الأعظم^(٨) أبي حنيفة قال^(٩): لا يسقط .

وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم الثمن على قيمة المنافع، وهو العقور^(١٠)

(١) في ش زيادة (عند عبده المأذون) وهي توضح المعنى .

(٢) انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٥١، والبدائع ج ٧ ص ٣٢٧١، والأصل ج ٥ ص ٢٥٤ .
وفي ش، ز، ق، ط زيادة (وقد عرف) وهي زيادة غير رافية والمراد في المختلف. (انظر المختلف الورقة ٧٣) .

(٣) (الإمام الأعظم) سقطت من ش، ز، ق، ط وعدم ذكرها أفضل، لأن الباب باب أبي حنيفة .

(٤) انظر المسألة: (١٠٢٦) .

(٥) انظر الأصل ج ٥ ص ٢٧١، والمبسوط ج ١٣ ص ١٦٢ .

(٦) في ش (لا) بدل (لم) والمعنى معهما واحد .

(٧) (شيء) سقطت من ش وإثباتها أفضل لتتمة المعنى .

(٨) (الإمام الأعظم) سقطت من ش، ز، ح، ق، ط، أ وعدم ذكرها أفضل، لأن الباب باب أبي حنيفة، فلا حاجة لها .

(٩) (قال) سقطت من ش، ز، أ، ح، ط ولا يغير المعنى بسقوطها .

(١٠) م، ر، ح، ق، ط، أ (العقر) بدل (العقور) والتعبير بالمفرد أفضل من الجمع هذا .

وعلى قيمة الجارية، فما أصاب العقور^(١) يسقط، وما بقي يجب من نقصها الرطء^(٢)، بأن كانت بكرًا، فعند أبي حنيفة: يقسم الثمن على قيمة النقصان، وعلى قيمة الجارية، فما أصاب قيمة النقصان يسقط، وما أصاب قيمة الجارية يجب.

وقال أبو يوسف ومحمد: ينظر إلى قيمة النقصان، والعقور، فيدخل الأقل في الأكثر، ثم يقسم الثمن على الأكثر، وعلى قيمة الجارية، فما أصاب الأكثر يسقط^(٣) وما بقي يجب^(٤).

لهما: إن منافع البضع ملحقه بالأجزاء^(٥)، وتستحق بالبيع، فيسقط بإتلافها عن المشتري حصتها من الثمن، كسائر الأجزاء.

له: إن منافع البضع ليست بمال، فلا يقابلها شيء من الثمن، ولهذا لا يتأكد على المشتري بإتلافها شيء من الثمن إذا لم ينقصها، فلا يسقط بإتلافها شيء^(٦).

١٤٥٤- قال (أبو حنيفة): إذا باع شيئًا بثمن مؤجل إلى سنة، ومنعه البائع المبيع^(٧) حتى مضت سنة^(٨)؛ له أجل سنة مستقبلة^(٩) عند سراج الأمة أبي حنيفة^(١٠) وقال أبو يوسف ومحمد: لا أجل له بعد سنة^(١١).

(١) انظر الفقرة السابقة.

(٢) في ش (فإن كان الرطء منقوصًا) بدل (فإن نقصها الرطء) والمعنى واحد.

(٣) في ش (سقط) بدل (يسقط) والمعنى معهما واحد.

(٤) انظر الأصل ج ٥ ص ٢٩٩، ٣٠١، والمبسوط ج ١٣ ص ١٧٩.

(٥) في ز، ط زيادة (والأعيان) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٦) في ش، ح، أ زيادة (من الثمن) وهي توضيح المعنى.

(٧) (المبيع) سقطت من ش، ح، ط، أ، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٨) في ش، ط (السنة) بدل (سنة) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ش (متصلة) بدل (مستقبلة) والثانية أنسب للمعنى.

(١٠) قوله (عند سراج الأمة أبي حنيفة) سقط من ش، ح، أ، ط، ق، ر وعدم إثباته أفضل لأن الباب باب أبي حنيفة فيكون هذا تكرارًا.

(١١) انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٩٢.

لهما: إنه أحله سنة، وقد مصت السنة، فصار^(١) كما لو أحله إلى رمضان، فجاء رمضان قبل القبض.

له: إن الأجل للترفيه، بتأخير المطالبة حال توجه المطالبة وقبل القبض لا مطالبة، فينصرف إلى سنة بعده بخلاف التأجيل إلى رمضان؛ لأنه أجل^(٢) إلى رمضان معين، وقد جاء. أما ههنا ذكر سنة^(٣) مطلقة - ذكر هذا في نوادر هشام -^(٤).

١٤٥٥- قال (أبو حنيفة): إذا باع شاة، فولدت ولدًا قبل القبض فاستهلك البائع الولد، سقطت حصته من الثمن على^(٥) القسمة على قيمة الشاة يوم العقد. وعلى^(٦) قيمة الولد يوم الاستهلاك؛ لأنه صار أصلًا بالتناول، ولا خيار أصلًا^(٧) للمشتري عند الإمام الأعظم^(٨) أبو حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: له الخيار^(٩). وعلى هذا الشجر مع الثمر^(١٠).

لهما: إن الزيادة صارت لها حكم المبيع، حتى سقطت حصته من الثمن، فيخير به المشتري، كما في [الموجود]^(١١) عند العقد، بخلاف الهلاك؛ لأنه

(١) (فصار) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.

(٢) في ق (أجله) بدل (أجل) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش (السنة) بدل (سنة) والمعنى معهما واحد.

(٤) هو هشام بن عبيد الله الرازي أخذ عن أبي يوسف ومحمد. له كتاب اسمه النوادر، (أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص ١٥٥، الفوائد البهية ص ٢٢٣). وانظر أيضًا المبسوط ج ١٣ ص ١٩٢.

(٥) في ز (بعد) بدل (على) والأولى أنسب للمعنى.

(٦) (على) سقطت من ز، ح، ق، ط، أ والمعنى واضح بدونها.

(٧) (أصلًا) سقطت من ش، ز، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٨) (الإمام الأعظم) سقطت من ش، ز، ح، ق، ط، أ. وعدم ذكرها أصل لأن ما تكررنا؛ فالياب باب أبي حنيفة.

(٩) انظر الأصل ج ٥ ص ٣١٥، والمبسوط ج ١٣ ص ١٨٨.

(١٠) انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٦٩.

(١١) في الأصل (الوجود) وهو وهم من الناسخ.

لم يصر أصلاً به .

له : إن المبيع الذي ورد عليه العقد مقصود بحاله ، قائم ، وهو الأصل ، فلا يتغير المشتري ، كما لو هلك الولد ، بل أولى ؛ لأن ثمة يأخذ^(١) بجميع الثمن ، وههنا^(٢) ببعضه^(٣) .

-
- (١) في ش (ياخذ) بدل (ياخذ) والأولى أفضل لاستقامة العبارة
(٢) في ش ، ط زيادة (ياخذ) وهي تزيد المعنى وصرحاً .
(٣) في ش (بعض الثمن) بدل (بعضه) والأولى أصرح .

باب قول أبي يوسف على خلاف صاحبيه

١٤٥٦- قال (أبيوسف): الكفيل [بالمسلم]^(١) فيه بأمر المطلوب إذا صالح رب المسلم على رأس المال، فإن كان رأس المال عينا؛ لم يجزء، وإن كان ديناً فهو حائز في حق الكفيل، فإن شاء الطالب أخذ من الكفيل رأس المال، ثم هو يأخذ من المطلوب الطعام، وإن شاء أخذ المطلوب بالطعام وبرى^(٢)، الكفيل عن رأس المال.

وقال أبو حنيفة ومحمد: توقف^(٣) على إجازة الأصيل، فإن أجاز؛ جاز، ورد هو رأس المال، وإن أبطل؛ بطل، والسلم بحاله^(٤).

له: إن الصلح على رأس المال في هذا الباب، كالصلح على أي مال كان في سائر الديون، وذلك^(٥) جائز، فكذا هذا.

لهما: إن هذا فسخ في حق المطلوب عقده، لأنه يأخذ رأس ماله^(٦)، وإذا لا يوجد إلا بعد الفسخ، أما الاستبدال لا يجوز، قال ﷺ: «لا تأخذ إلا سلمك، أو رأس مالك»^(٧) فيتوقف على إجازته، بخلاف سائر الديون؛ لأنه

(١) سقط ما بين القوسين من الأصل، والمعنى لا يستقيم بدونه.

(٢) في ق (ويرى) بدل (وبرى) وهما بمعنى واحد.

(٣) في ش. ز (يتوقف) بدل (توقف) والأولى أفضل؛ لأن الإشارة فيها إلى المستقل.

(٤) انظر الأصل ج ٥ ص ١٥، والمسوط ج ١٢ ص ١٤٦.

(٥) في ش (وذلك) بدل (وذلك) والمعنى واحد.

(٦) في ز (المال) بدل (ماله) والثانية أنسب للسياق.

(٧) قال الميمني في البناية: «لم أر أحداً بين حال هذا الحديث» ج ٦ ص ٦٤٢ وقال ابن حجر: «لم أجده بهذا اللفظ». (الدراية ج ٢ ص ١٦٠) وروى الدارقطني عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «فلا يصرفه في غيره». وقال إبراهيم بن سعيد: «ولا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله». كتاب البيوع، حديث رقم ١٨٧، ج ٣ ص ٤٥ والحديث فيه عطية، لعوفي ضعفه أحمد وغيره، ولكن الترمذي حسن حديثه. (انظر نص الراية ج ٤ ص ٥١). ورواه ابن أبي شيبة عن ابن عمر موقوفاً بلفظ «أخذ سلمك أو رأس

يؤدي بدل الدين، وذلك جائز^(١).

١٤٥٧. قال (أبو يوسف): رجلان أسلما إلى رجل في طعام، ثم صالحة أحدهما على حصته^(٢) من رأس المال؛ جاز الصلح على المصالح، وله نصف رأس المال، وصاحبه بالخيار إن شاء شاركه فيما قبض، ثم يتبعان المطلوب، فيأخذان منه نصف السلم، وإن شاء يسلم^(٣) له المقبوض^(٤)، ويتبع المطلوب بنصفه حقه^(٥). إلا إذا توي^(٦) ما^(٧) عليه، فيرجع^(٨) على شريكه^(٩)، وإن اتع^(١٠) الشريك، فالشريك بالخيار: إن شاء دفع إليه نصف ما قبض، وإن شاء دفع إليه ربع أصل الدين^(١١).

مالك. كتاب البيوع والأقضية، باب من كره أن يأخذ بعض سلمه، وبعضاً طعمًا، حديث رقم ٤٧، ج ٦ ص ١٥، وقال ابن حجر. إسناده هذه الرواية جيدة. (الدراية ج ٢ ص ١٦٠).

(١) في ز، ق، زيادة (ثمة) وفي ح، أ (به) ولا تؤثر في تغيير المعنى (الحاشية ج ٥ ص ٢١٩).

(٢) في ش (صحته) بدل (حصته) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ق (أسلم) بدل (يسلم) والثانية أسب للمعنى.

(٤) في ح، ط، أ (إن شاء شاركه فيما قبض، وإن شاء سلم له) بدل (إن شاء شاركه فيما قبض ... إلى ... يسلم له المقبوض) والثانية أفضل لما فيها من تفصيل.

(٥) في ش، ر، ق (ينصف ما معه) وفي ح، أ (ينصفه معه) بدل (ينصفه حقه) والأولى أنسب للمعنى.

(٦) (توي) بفتح التاء وكسر الواو أي هلك، وتوي المال: هلك المال. (لسان العرب ج ١٤ ص ١٠٦).

(٧) ما سقطت من ش، ح، أ وعدم ذكره أنسب لاستقامة المعنى.

(٨) (أي: بحصته) ذكره في هامش ز، الورقة ١٩١.

(٩) في ز، ط (الشريك المصالح) وفي ق (شريكه المصالح) بدل (شريكه) وتؤدي إلى المعنى.

(١٠) في ش (إن اتع) بدل (وإن اتع) والثانية هي الأفضل لأداء المعنى.

(١١) في هامش ر (وهو المسلم فيه) الورقة (١٩١).

انظر الأصل ج ٥ ص ١٦، والمبسوط ج ١٢ ص ١٤٧. وفي ش زيادة (ورجع الأصل الذي محتلة الدين بين اثنين، وهو غصب، أو قرض، أو ثمن المبيع) وفيها زيادة تفصيل وقوله (وإن اتع الشريك ... إلى ... أصل الدين) سقط من ح، ق، ط، أ والإثبات أفضل لما في هذه العبارة من زيادة تفصيل.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يوقف^(١) على إحازة شريكه، فإن^(٢) رده؛ بطل أصلاً، وبقي الطعام كله بينهما. وإن أجاز نفذ عليهما كأنهما حقيقاً صالحاً. فيكون نصف^(٣) رأس المال بينهما، والطعام الباقي بينهما.

له مامر في المسألة: المتقدمة؛ لأنه^(٤) عاقد، فيملك الفسخ في نصيبه لهما: إن هذا قسمة الدين قبل القبض؛ فلا يجوز، كرجلين لهما على رجل دراهم، وعلى آخر دنانير، فاصطلحا على أن لهذا ما على هذا، ولهذا ما على هذا^(٥). وبيان أنه قسمة^(٦): أنه يمتاز النصيبان، ولأنه فسخ على الشريك عقده، بدليل عود رأس المال إليه؛ لما مر؛ فلا يجوز بعير رضاه. ولو كان بهذا السلم كفيل فصالح أخذ ربي السلم الكفيل على حصته من رأس المال، فهو على هذا الخلاف.

١٤٥٨- قال (أبيوسف): إذا كان المسلم فيه عشرة أقفز، فجاء بأحد عشر فقيراً، فقال: خذ هذا^(٧) وزدني درهماً، فقبل الآخر؛ جاز؛ لأنه بيع الزيادة بشمن معلوم، ولو جاء بأنقص بقفيز، وقال: خذ هذا، ورد^(٨) عليه درهماً، فقبل الآخر - جاز؛ لأنه أقال^(٩) في معلوم^(١٠).

ولو جاء بحنطة أزيد منه في الصفة وقال: خذ هذا وزدني درهماً؛ حاز عند

(١) في ش، ز، ق، ط (يتوقف) بدل (يوقف) وهما بمعنى واحد.

(٢) في ش، ق، ط (إن) بدل (فإن) والمعنى معهما واحد.

(٣) (نصف) سقطت من ش، وإثباتها هو الصحيح لاستقامة المعنى.

(٤) في ش، ز، ق، ط (ولأنه) بدل (لأنه) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ش (فاصلحا على أن لأحدهما دراهم وللآخر دنانير، لا يجوز فكلاً هذا) بدل (فاصلحا على أن لهذا ما على هذا، ولهذا ما على هذا) والأولى أفضل لما فيها من الإيضاح، والتصريح.

(٦) في ق زيادة (لدين) وهي توضح المعنى أكثر.

(٧) في ش (خذها) بدل (خذ هذا) والثانية أفضل لما فيها من إشارة إلى الرائد.

(٨) في ش، ز، ق (وَأُرد عليك) بدل (ورد عليه) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ش، ز، ق، ط (إقالة) بدل (أقال) والثانية أنسب للسياق إذ الضمير في (لأنه) بدل على المذكور.

(١٠) في ق زيادة (في ثمن معلوم) وهي توضح المعنى.

أبي يوسف^(١). وكذا^(٢) لو جاء بأنقص منه في الصفة^(٣)، ورد معه درهمًا
وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز^(٤).

له: إنه إحسان من الجانبين. وقد قال - ﷺ -: «خيركم أحسنكم
قضاء»^(٥).

لهما: إن هذا اعتياض عن الجودة، وإنه لا قيمة لها^(٦) في مال الربا،
واقالة^(٧) ما لاحصة له من الثمن، فلا يجوز.
ولهذا قلنا: إن^(٨) من غصب من آخر حنطة، فتعيبت عنده ثم ردها^(٩)،
لا يرد معها شيئًا آخر؛ لما قلنا.

١٤٥٩- قال (أبيوسف): وفي الدرعيات إذا جاء بثوب أزيد بذراع وطلب درهمًا،
فقبل، جاز^(١٠)؛ لأنه باع ذراعًا من الثوب، ويمكنه تسليمه مع الثوب،
بخلاف ما إذا باعه^(١١)، مفردًا، وإن^(١٢) جاء بأنقص منه بذراع، ورد

(١) عند أبي يوسف سقطت من ز، ق، ط، وعدم ذكرها أفضل؛ لأن الباب لأبي يوسف.

(٢) في ش، ط (وكذلك) بدل (وكذا) والمعنى فيهما واحد.

(٣) (في الصفة) سقطت من ش، ز، ح، ق، ط، أ والمعنى واضح بدونها.

(٤) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٥٣، ١٥٤، وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢١٩.

(٥) رواه البخاري عن أبي هريرة مرفوعًا. كتاب الاستقراض وآداء الديون باب استقراض الإبل،
وباب هل يعطي أكثر من سه، باب حسن القضاء، ج ٣ ص ١٥٣، ورواه مسلم، كتاب
المساقاة، باب من استسلف شيئًا ففقد خيرًا منه، وخيركم أحسنكم قضاء، حديث رقم
١١٨ - ١٢٢، ج ٣ ص ١٢٢٤، ١٢٢٥، كما رواه أصحاب السنن الأربعة.

(٦) في ز، ش (له) بدل (لها) والثانية أفضل؛ لأن الضمير يعود على مؤنث وهو الجردة.

(٧) في ش، ز، ط (أو إقالة) بدل (واقالة) والأولى أفضل؛ لأن المراد أن هذا اعتياض في
حالة الزيادة، واقالة في حالة القصد وفي ق، ط (على مالا) وهي توضح المعنى.

(٨) (إن) سقطت من، ق، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٩) (ثم ردها) سقطت من ش، ط، وذكرها أفضل لاكتمال المعنى ووضوحه.

(١٠) هي ش (إذا أسلم في عشرة أذرع من الثياب في المسلم إليه بأحد عشر ذراعًا، وكان حد
هذا ورد إلي درهمًا، فقبل الآخرة يجوز) بدل (وفي الدرعيات ... إلى ... فقبل
جاز) والمعنى معهما واحد.

(١١) في ش (باع) بدل (باعه) والثاني هو الأفضل لاستقامة المعنى.

(١٢) في ش (ولو) وفي ق (لأن) بدل (إن) والمعنى معهما واحد.

درهماً، فقبل؛ جاز عند أبي يوسف، لما مر^(١).
وعند أبي حنيفة ومحمد: لا يجوز^(٢)؛ لأنه إقالة فيما لا يعلم حصته؛ لأن
الذراع وصف، وحصته مجهولة، وإذا جاء به أزيد في الصفة، وطلب
درهماً، فقبل - جاز؛ لأن الجودة في الثوب معتبرة، ولهذا^(٣) يضمن في
النصب، وإن جاء به أنقص في الصفة، ورد درهماً^(٤) فقبل^(٥)؛ جاز عند
أبي يوسف^(٦). وعندهما: لا يجوز لما مر. وما قال^(٧) أبو يوسف، مذكور في
كتاب الصلح^(٨).

١٤٦٠. قال (أبو يوسف): إذا باع صوفاً^(٩) على ظهر الشاة، قال في البيوع^(١٠).
لا يجوز^(١١). وقال في كتاب الصلح: من^(١٢) ادعى على آخر ديناً^(١٣)،
فاصطلحا على صوف على ظهر الشاة؛ جاز عند أبي يوسف، خلافاً لهما^(١٤).
قال بعضهم: البيع كذلك^(١٥).

-
- (١) في المسألة السابقة.
(٢) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٥٣ - ١٥٤.
(٣) في ط زيادة (قلنا) والمعنى واضح بدونها.
(٤) في ش (وقال هذا ورد عليك درهماً) وفي ز (وقال خذها واردد درهماً) بدل (ورد درهماً)
والثالثة أنسب لأداء المعنى الصحيح لأن المَـسْلَم إليه أخذ الدراهم وجاء بالمَـسْلَم فيه ناقصاً
في الصفة. فرد إلى رب السلم درهماً.
(٥) أي رب السلم، وهو صاحب الدراهم.
(٦) في ق (عنده لما مر) بدل (عند أبي يوسف) والثانية أوضح.
(٧) في ش، ز، ق، ط (وقول) بدل (وما قال) والمعنى واحد.
(٨) يقصد كتاب الصلح لمحمد بن الحسن. (انظر المبسوط ج ٢٠ ص ١٦٦).
(٩) في ش (صوف الغنم) بدل (صوفاً) والمعنى واحد.
(١٠) في ز زيادة (في كتاب البيوع) وهذه الزيادة توضح المعنى أكثر.
(١١) كتاب البيوع لمحمد بن الحسن، انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٧٤، والأصل ج ٥ ص ٦٧.
(١٢) في ز (إن) وفي ش (إن من) بدل (من) والمعنى واحد.
(١٣) في ش (ملاً) وفي ق، ط (دعوى) بدل (ديناً) والمعنى مع الألفاظ الثلاثة واحد.
(١٤) انظر المبسوط ج ٢٠ ص ١٦٦.
(١٥) أي في رواية عن أبي يوسف: يجوز بيع الصوف على ظهر الشاة خلافاً لصاحبه. نظر
الناية ج ٦ ص ٣٨٨، وفتح القدير ج ٦ ص ٥١، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٦.

له: إنه باع مالا معلوماً مقدور التسليم، فيجوز، كييع قوائم الخلاف^(١).
 لهما: ما روى عن ابن عباس أنه أبطل بيع الصوف على ظهر الغنم^(٢)
 فإن^(٣) موضع القطع غير معلوم، فكان مجهولاً؛ لأنه لا يمكنه القطع من
 أسفله^(٤)، بحيث لا يبقى شيء، ولأن الصوف يزداد ساعة فساعة، فيختلط
 المبيع بغيره، فصار كييع اللبن في الضرع، بخلاف القوائم؛ لأن موضع
 القطع [وهو معلوم، وأنها تزداد من أعلاها، فكان على ملك المشتري، فأما
 الشعر يزداد]^(٥) من أسفله.

١٤٦١- قال (أبو يوسف): الوكيل بالعقد لا يملك الحط والإبراء، والرضا بدون حقه
 وصفاً، والتأخير عن الأجل المشروط، والإقالة وقبول الحوالة وهذا
 استحسان.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يملك جميع ذلك، ويضمن للموكل^(٦).
 له: إنه تصرف بغير أمر، ولا ملك؛ فلا يصح، كالإعتاق، ولهذا قالوا:
 يضمن [للموكل]^(٧).

(١) المقصود: قوائم الخلاف - بكسر الخاء - وهو ما كان متصلاً بشجرة الخلاف وهي شجرة
 الصفصاف، وهو شجر عظام، وأصنافه كثيرة. (لسان العرب ج ٩ ص ٩٧) وانظر فتح
 القدير ج ٦ ص ٥١، والبناء ج ٦ ص ٣٨٦.

(٢) رواه البيهقي عن ابن عباس مرفوعاً، وموقوفاً، إلا أن المرفوع تفرد به عمر بن فروخ قال
 عنه البيهقي: ليس بالقوي، وقال في الجوهر النقي: وثقه ابن معين، وأبو حاتم، ورضيه
 أبو داود، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم، واللبن في
 صرور الغنم، والسمن في اللبن ج ٥ ص ٣٤٠، ورواه الدارقطني مرفوعاً وموقوفاً على
 ابن عباس وفي الحديث المرفوع عمر بن فروخ أيضاً. (كتاب البيوع. حديث رقم ٤٠،
 ٤١، ٤٢، ٤٣. ج ٣ ص ١٤، ١٥).

(٣) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (لأن) بدل (فإن) والأولى أنسب، لأنه بمثابة التعليل لما قبله.

(٤) في ز (الأسفل) بدل (أسفله) والأولى أكثر وضوحاً.

(٥) سقط من بين القوسين من الأصل، والإثبات أفضل لتنمية المعنى.

(٦) في ط زيادة (ثمرة الخلاف تظهر في الرجوع، عند أبي يوسف: يرجع وعندهما: لا يرجع)
 وهي زيادة تضيف معنى جديداً وفيها زيادة تعميل. انظر الأصل ج ٥ ص ٧٢، ٧٣.
 والمبسوط ج ١٢ ص ٢٠٦، والبناء ج ٧ ص ٢٨٣، وتبين الحقائق ج ٤ ص ٢٥٨.

(٧) في الأصل (الموكل) ولاتناسب السياق.



لهما: إنه عاقدٌ في حق نفسه^(١) ومن^(٢) عقد معه، وحقوق العقد، ترجع إلى العاقد، فيملك، إلا أنه يضمن للموكل؛ لأنه عاقد للموكل في حق الموكل، وقد أبطل حقه، ثم قال محمد بن مقاتل الرازي: قول أبي يوسف إنه استحسن غلط، بل هو قياس، إلا إنه أظهر؛ لأنه أسهل حق غيره، والصحيح ما ذكر أبو يوسف؛ لأن قبض^(٣) الثمن حق العاقد، وهو العاقد، فكان قولهما أظهر.

١٤٦٢- قال (أبو يوسف): من له الخيار إذا فسخ العقد بنية الآخر - أي بغير علمه - يصح - وهو قول الشافعي^(٤).

وقال أبو حنيفة ومحمد: يتوقف على علم الآخر في المدة، إن علم به في المدة^(٥) يجوز. وإلا فلا يجوز، ولو أجاز بغير علم الآخر يجوز بالإجماع^(٦).

له: إنه سَلَطَ على فسخه، فإذا أتى به يصح، كما إذا أجاز.

لهما: إنه يتصرف على صاحبه بإدخال المبيع، أو الثمن في ملكه فلا يفقد عليه من غير علمه، دفعًا للضرر، والغرر عنه، كما في عزل الوكيل، بخلاف الإجازة؛ لأنه تصرف على نفسه لا غير؛ لأن العقد نافذ في حق شريكه.

١٤٦٣- قال (أبو يوسف): إذا اشترى شيئًا بتسعة^(٧)، وقال لآخر^(٨): اشترينه بعشرة، وأبيعك بربح درهم، فاشتراه منه على ذلك، ثم تبين أنه

(١) في ط (لنفسه) بدل (في حق نفسه) ومعناها واحد.

(٢) في ط زيادة (وفي حق من) وهي توضح المعنى أكثر.

(٣) (قبض) سقطت من ش، وإثباتها أفصل لإيضاح المعنى.

(٤) انظر مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٩.

(٥) في ق زيادة (ورضي به) وهي زيادة ليست في محلها؛ لأن رضا الآخر ليس بشرط لمسح العقد.

(٦) انظر الأصل ج ٥ ص ١٢٧، والمبسوط ج ١٣ ص ٤٤، والساية ج ٦ ص ٢٧٨، وفتح

القدير ج ٥ ص ٥١١. وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٨.

(٧) في ش زيادة (درهم) وهي توضح المعنى.

(٨) في ز (لآخر) بدل (لآخر) والثانية أبلغ في أداء المعنى.

حانه^(١) في درهم من الثمن؛ يحط قدر الخيانة من الثمن، وحصتها^(٢) من الربح، ولا خيار له.

وقال أبوحنيفة ومحمد: للمشتري الخيار، إن شاء رضي بما اشترى^(٣)، وإن شاء فسخ البيع، ولا يحط شيء. ولو خان في بيع التولية^(٤) على هذا الوجه، ثم طهر^(٥) فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يحط درهم. وعند محمد: يتخير المشتري كما ذكرنا. أبو يوسف قال بالحط^(٦) في المسألتين، ومحمد قال بالخيار فيهما. وأبوحنيفة قال بالحط في التولية، وبالخيار في المراجعة^(٧).

لمحمد: إنهما تراضيا على مقدار الثمن، فلا معنى للحط عنه، إلا أن المشتري صار مغرورا، فيتخير دفعا للضرر عنه.

لأبي يوسف: إن بيع المراجعة، والتولية بناء على الثمن الأول^(٨)، فيتقدر بقدره، ويحط عنه الزيادة.

لأبي حنيفة: إن التولية بيع بمثل ثمن^(٩) الأول من كل وجه، فيتقدر به، أما المراجعة ليست كذلك، وذكر الثمن الأول للمنع من النقصان، لا للتقدير به، فلا معنى للحط، ولكنه يتخير كما قال محمد.

-
- (١) في ش، ز (خان) بدل (خانه) والثانية أفضل لاشتغالها على الضمير الدال على (الآخر).
 - (٢) في ش، ز، ح، ق، ط (حصته) بدل (حصتها) والأولى أنسب للمعنى لاشتغالها على الضمير الدال على (قدر الخيانة) وهو مذكر.
 - (٣) في ش، ق، ط (اشترى) بدل (اشترى) والمعنى معهما واحد.
 - (٤) التولية: هي نقل ماملوك بالعقد الأول، بالثمن الأول، من غير زيادة ربح، (البناية ج ٦ ص ٤٨٦).
 - (٥) في ط (أطهر) بدل (طهر) والصحيح (ظهرت) لدلالاتها على الخيانة. وفي ش، ز رباح (خيانة) وهي توضح المعنى.
 - (٦) في ش (في الحط) بدل (بالحط) والثانية أنسب للمعنى.
 - (٧) انظر الأصل ج ٥ ص ١٦٥، ص ١٧٠، ١٧١، والمسوط ج ١٣ ص ٨٦، والبيان ج ٦ ص ٤٩٢، وفتح القدير ج ٦ ص ١٢٦، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٧٥.
 - (٨) في ق زيادة (من كل وجه) ولا أثر لها.
 - (٩) في ش، ز، ق، ط (الثمن) بدل (ثمن) والأولى أنسب للسياق.



١٤٦٤- قال (أبويوسف): إذا وجد المشتري^(١) عيباً، وجاء به ليرده على البائع، والبائع لا يدعى أنه رضي به^(٢)، أو فعل فعلاً يبطل به^(٣) حق الرد؛ يحلف القاضي المشتري على ذلك.
وقال أبوحنيفة ومحمد: لا يحلفه^(٤).

له: إنه فيه صيانة قضائه عن النقص في ثاني الحال، لظهور^(٥) ذلك لهما: إن هذا^(٦) إنشاء الخصومة، وإنه نصب لقطع الخصومات وما ذكر [وهم]^(٧) غير معتبر.

١٤٦٥- قال (أبويوسف): إذا كان الخيار للمشتري، والمُشْتَرَى في يده فجنى عليه البائع جناية؛ لا يسقط الخيار^(٨)، ولا يلزم^(٩) البيع.
وقال أبوحنيفة ومحمد: يلزم البيع بجميع الثمن^(١٠).
له: إن البائع لا يتمكن من إبطال الخيار للمشتري^(١١) قولاً - فكذا^(١٢) فعلاً.
لهما: إن جناية بعد القبض كجناية الأجنبي، وفيها الأرض وذلك يمنع الرد^(١٣).

-
- (١) في ش زيادة (في المشتري) وهي توضح المعنى. وفي ح (في المشتري) بدل (المشتري) والأولى أفضل لوضوح المعنى معها. وفي ق، ط (المشتري إذا وجد في المشتري عيباً) بدل (إذا وجد المشتري) والأولى أكثر وضوحاً.
(٢) في ش (بالعيب) بدل (به) والمعنى يتضح مع الأولى.
(٣) (به) سقطت من ش، والإثبات أفضل لاستقامة المعنى.
(٤) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٣٣٣.
(٥) في ش، ز، ق، ط (مطهور) بدل (لظهور) والأولى أفضل لوجود الباء الدالة على السية، ويكون المعنى: (بسبب ظهور ذلك)
(٦) في ق، ط (إنه) بدل (إن هذا) والمعنى واحد.
(٧) في الأصل (وهو) وهذا وهم من النسخ، إذا المعنى لا يستقيم بهذا.
(٨) قوله (جناية لا يسقط الخيار) سقطت من ش، ح، ق، ط، أ وإثباتها يوضح المعنى.
(٩) في ش، ز، ط (يلزمه) بدل (يلزم) والمعنى معهما واحد.
(١٠) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٣٧٢.
(١١) في د، ح، ق، أ (خيار المشتري) بدل (الخيار للمشتري) ومعناها واحد.
(١٢) في ش (مكذلك) بدل (فكذا) والمعنى واحد.
(١٣) في ش (بوجب المنع من الرد) بدل (يمنع الرد) والمعنى واحد.

١٤٦٦- قال (أبويوسف): إذا فرق بين صغير وكبير من المحارم بالرحم بالبيع، ونحوه^(١) - يكره، ويجوز البيع^(٢) إلا في الوالدين، والمولودين، فإنه لا يجوز. وروي عنه رواية أخرى: أنه لا يجوز في الكل - وهو قول زفر، والحسن بن زياد.

وقال أبوحنيفة ومحمد: يجوز في الكل مع الكراهية^(٣).

لزفر والحسن قوله - ﷺ -: «من فرق بين والدته وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»^(٤).

وعن النبي - ﷺ - أنه وهب لعلّي أخوين صغيرين، ثم سأل عن حالهما بعد أيام، فقال علي: بعت أحدهما، فقال ﷺ: «بعمهما أو ردهما»^(٥). وعنه - ﷺ - أنه رأى امرأة والهة من السبايا، فسأل عن شأنها^(٦)، فقيل بيع ولدها، فأمرهم بالرد، وبالوعيد^(٧).

(١) قوله (بالرحم بالبيع ونحوه) سقط من ش، والإثبات أفضل لتمه المعنى.
(٢) في ط زيادة (لأنه باع ملك نفسه، ولا مفسد في لعقد) وهذه الزيادة توضح لعله في جواز البيع.

(٣) في ش، ز، ق، ط (الكراهية) بدل (الكراهية) والمعنى معهما واحد. انظر مختصر الطحاوي ص ٧٥ ح ٥ ص ٢٣١، والمبسوط ح ١٣ ص ١٤٠، والبنية ج ٦ ص ٤٧٤، وفتح القدير ج ٦ ص ١١٢.

(٤) رواه الترمذي عن أبي أيوب مرفوعاً، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين، أو بين والدة، وولدها في البيع حديث رقم ١٢٨٣، ج ٣ ص ٥٧١، وقال الترمذي. هذا حديث حسن غريب. ورواه الحاكم في كتاب البيوع، باب من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته، ج ٢ ص ٥٥، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، قال الزيلعي: «وفيما قاله أي الحاكم - نظره لأن حي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح شيء بل تكلم فيه بعضهم...» نصب الراية ج ٤ ص ٢٤.

(٥) رواه الترمذي عن علي مرفوعاً: كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين، أو بين والدة، وولدها في البيع، حديث رقم ١٢٨٤ ج ٣ ص ٥٧٠، وقال الترمذي، هذا حديث حسن غريب.

ورواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن التفريق بين السبي، حديث رقم ٢٢٤٩، ج ٢ ص ٧٥٥.

(٦) في ش (حالها) بدل (شأنها) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٧) في ش زيادة (وفي رواية: من فجع هذه، فقيل: بيع ولدها، فأمرهم بردها) والرواية

والأمر بالرد، دليل الفساد^(١).

لأبي يوسف: إن الوعيد في الخبر الأول^(٢)، والأمر بالرد في الخبر الآخر كان^(٣) في الوالدة، والولد. وأما حديث علي: ففيه دلالة جواز البيع؛ لأنه أمر ببيع الثاني، أو بالإقالة في الأول، وذلك دليل جواز بيع الأول.

لهما: إنه باع خالص حقه وملكه، ولا مفسد في البيع^(٤)، فيحوز: ولعمري من الأحاديث الكراهية^(٥).

١٤٦٧- قال (أبيوسف): إذا اشترى أمة في الحيص، فظهرت، أو حاضت بعد البيع في يد البائع، ثم قبضها، فعن أبي يوسف: ^(٦) يجتزأ بذلك عن الاستراء.

الأولى، وهذه الرواية أوردها المصنف بالمعنى إذ الحديث رواه السهقي: «أن أبا أسيد الأنصاري - رضي الله عنه - قدم بسبي من البحرين، فصفوا، فقام رسول الله - ﷺ -، فإذا امرأة تبكي، فقال: «ما يبكيك؟» قالت: بيع ابني في بني عيس، فقال النبي - ﷺ -: لأبي أسيد لتركتم قتلجيشن به كما بعث بالثمن، فركب أبو أسيد فجاء به». ويلفظ إن رسول الله ﷺ: مر بأمر ضميعة وهو تبكي، فقال ما يبكيك؟ أجنبية، أنت؟ أم عارية أنت؟ فقالت بارسول الله: فرق بيني وبين ابني، فقال رسول الله - ﷺ -: «لا يفرق بين والدته وولدها» ثم أرسل للذي عنده ضميعة فدعاها، فابتاعه منه ببيكرة. كتاب السير باب التفريق بين المرأة وولدها، ج ٩ ص ١٢٦. وفي ز (فقال: لا تؤذ والدته بولدها، فأمرهم بالرد إليها) بدل (فقال النبي - ﷺ -: بهما، أو دهما ... إلى فقال ... فأمرهم بالرد والوعيد) والثنية أكمل من الأولى.

(١) في ش زيادة (دليل على الفساد) ولا تؤثر في تغيير المعنى. وفي ر (فالوعيد) واثرد دليل الفساد) وفي ق، ط (فالوعيد والأمر بالرد دليل الفساد) بدل (والأمر بالرد دليل على الفساد) والمعنى واحد.

(٢) (الخبر الأول) سقطت من ش، وإثباته أفضل لزيادة الإصحاح.

(٣) في ش، ح، ق، آ (كانا) بدل (كان) والأولى أنسب لدلائلها على الحرين. وفي و - زيادة (كانا في حق) وهي توضح المعنى.

(٤) في ش، ز، ط (البيع) بدل (بيع) والثانية أفضل؛ لأن المراد بيع الأخ الأول.

(٥) في ش زيادة (ولم يوجد الشرط المفسد) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٦) في ق، ط (بيان الكراهة) بدل (الكراهية) والمعنى واحد.

(٧) في ر، ح، ق، أ زيادة (إنه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

وفي ظاهر الرواية: عليه أن يستبرئها^(١)، وكذا روي عنه فيمن اشترى جارية من امرأة، أو مكاتب^(٢)، أو مأذون له ديون^(٣)، أو اشترى جارية بكراً، أو^(٤) حارية هي حرام^(٥) على البائع بنسب، أو رضاع أو مصاهرة^(٦). أو جارية فولدت^(٧)، وخرجت من نعاسها عند البائع أو عنده - فلا استبراء عليه، وهو قول مالك^(٨). وجه تلك الرواية: أن الاستبراء واجب لتعرف براءة الرحم، ولا حاجة إليه في هذه المواضع؛ لأنه ثبت براءة الرحم طاهراً.

وجه ظاهر الرواية: أن سبب^(٩) الاستبراء - في الحقيقة - الإقدام على الوطء؛ لأنه لأجل الوطء، بشرط^(١٠) توهم اشتغال الرحم بماء غيره. وذلك يكون بعد القبض والملك، فأما تعرف البراءة؛ حكمه^(١١) ذلك. والحكم يدار على السبب، دون الحكمة، وقد وجد السبب ههنا^(١٢) فيجب^(١٣).

١٤٦٨- قال (أبيوسف): إذا اشترى أرضاً، ونخلًا، فأثمرت قبل القبض وقيمة

- (١) في ش (يجب عليه الاستبراء) بدل (عليه أن يستبرئها) والمعنى واحد.
- (٢) في ش (امرائه أو مكاتبه) بدل (امراة أو مكاتب) والمعنى معهما واحد.
- (٣) في ش، ز، ق، ط (مديون) بدل (ديون) والأولى أنسب للمعنى لأنه لو اشترها من عبد له تاحر، ليس عليه أن يستبرئها لأنها أمته. (الأصل ج ٥ ص ٢٥٣).
- (٤) في ق زيادة (أو اشترى) وهي توضح المعنى.
- (٥) في ش (هي كانت محرمة الوطء) بدل (هي حرام) والمعنى واحد.
- (٦) في ش (بسبب حرمة الرضاع، أو المصاهرة) بدل (بنسب أو رضاع أو مصاهرة) والمعنى معهما واحد.
- (٧) في ز، ق، ط (قد ولدت) بدل (فولدت) والمعنى معهما واحد. وفي ش زيادة (هي يد البائع) وهي توضح المعنى أكثر.
- (٨) انظر الأصل ج ٥ ص ٢٤٧، ٢٥٤، والمسوط ج ١٣ ص ١٤٦، ١٥٢ والبدائع ج ٧ ص ٣٢٧٠، ومختصر الطحاوي ص ٩٠.
- (٩) في ش، ق، ط زيادة (وجوب) وهي توضح المعنى.
- (١٠) في ش، ز، ق (فيشترط عند) بدل (بشرط) والأولى أنسب للمعنى.
- (١١) في ش (حكم) وفي ز (فحكمه) بدل (حكمه) والثانية والثالثة تؤديان إلى المعنى. والمراء به حكم الاستبراء. (هامش ح، والورقة ١٤٦).
- (١٢) في ش، ز، ح (هنا) بدل (ههنا) والمعنى واحد.
- (١٣) في ز، ط زيادة (الاستبراء) وهي توضح المعنى أكثر.

الأرض، والنخل، والتمر سواء، فأتلف البائع التمر؛ سقط ربع الثمن عن المشتري.

وقال أبو حنيفة ومحمد: ثلث الثمن^(١). فالحاصل: أن التمر الحادث قبل القبض زيادة على النخل خاصة عنده؛ لأنه قائم به حقيقة، فيقسم الثمن على الأرض، والنخل: أولاً نصفين، ثم النصف الذي أصاب النخل يقسم عليه، وعلى التمر، فكان حصة التمر ربع الكل.

وعند أبي حنيفة ومحمد: زيادة على الأرض والنخل جميعاً^(٢)؛ لأن النخل تابع الأرض، والزيادة^(٣) عليه زيادة على أصله أيضاً، كمن اشترى جارية فولدت قبل القبض، ثم ولد ولدها^(٤)، يقسم الثمن على الكل أثلاثاً، ولو أثمرت ثمرتين^(٥) قيمة كل ثمرة^(٦) ألف، فاستهلكها البائع فعده. سقط ثلث الثمن؛ لأن الثمن انقسم على الأرض، والنخل نصفين، ثم^(٧) ثمن النخل انقسم عليه، وعلى الثمرتين أثلاثاً؛ لأن قيمة النخل ألف، وقيمة الثمرتين ألفان، فيسقط ثلثا النصف، وهو ثلث الكل، وعدهما: سقط نصفه؛ لأنه ينقسم على الأرض، وعلى النخل والثمرتين، وقيمة الأرض، والنخل ألفان، وقيمة الثمرتين ألفان، فهما^(٨) نصفان.

١٤٦٩- قال (أبيوسف): إذا اشترى عبداً بألف، ووكل رجلاً بإعتاقه قبل نقد الثمن، وقبل قبضه، ففي قول أبي يوسف الأول^(٩): يضمن الوكيل قيمته،

(١) انظر الأصل ج ٥ ص ٢٨١ - ٢٨٦. والمبسوط ج ١٣ ص ١٦٩، والبدائع ج ٧ ص ٣٢٧٩، وما بعدها.

(٢) انظر الأصل ج ٥ ص ٢٨٦، والمبسوط ج ١٣ ص ١٦٨.

(٣) في ش، ز، ق، ط (فالزيادة) بدل (والزيادة) والثانية أنسب للسياق.

(٤) في ز، ق، ط زيادة (ولداً) وهي توضيح المعنى.

(٥) في ز (مرتين) بدل (ثمرتين) وتؤيدان إلى معنى واحد.

(٦) في ز (مرة) بدل (ثمرة) ولمعنى واحد.

(٧) في ط زيادة (ثم النصف الذي أصاب ثمن) وهي توضيح المعنى.

(٨) في ز (بينهما) بدل (فهما) والثانية أنسب لأداء المعنى المراد.

(٩) (الأول) سقط من ش. والإثبات أفضل لزيادة الإيضاح.

فيحبسه البائع، إلى أن يستوفي^(١) الثمن. وفي قوله الآخر - وهو قولهما - لا يصح الوكيل وعلى المشتري^(٢) الثمن.

وحه قوله الأول: أن القبض بالإعتاق أكد من القبض باليد؛ لأنه لا يحتمل النقص، ثم قبض اليد^(٣) يصح، فهذا أولى.

لهما: أن إعتاق الوكيل لا يصح، إلا بإذن المشتري، فصار لسانه^(٤) بخلاف القبض باليد؛ لأنه يصح بغير أمر^(٥)، فصار كالغاصب في حق البائع، واقتصر عليه في حقه.

١٤٧٠- قال (أبيوسف): ولو أن رجلاً اشترى عبداً، فلم يقبضه حتى أعتقه وهو مفلس، فلا سبيل للبائع على استسعاء العبد في قول أبي حنيفة ومحمد: وهو قول أبي يوسف الأول.

ورجع أبو يوسف: وقال في رواية هشام - يسعى في قيمته للبائع ثم يرجع بها على المشتري، كما قالوا جميعاً في المرهون إذا أعتقه الراهن^(٦).

له: إن ماله احتسبت عنده، فكانت السعاية عليه.

لهما: إنه لا تعدي منه^(٧)، والضمان لا يجب بدونه.

١٤٧١- قال (أبيوسف): رجلان اشترى عبداً، فغاب أحدهما، فليس للحاضر أن يقبضه حتى يزدي كل الثمن بالاتفاق؛ لأن البائع^(٨) حبسه بكل الثمن، فلو أدى كله يقبض كل العبد، وله أن يرجع على شريكه بنصف الثمن عند أبي حنيفة ومحمد.

(١) في ط (يقصر) بدل (يستوفي) والمعنى معهما واحد.

(٢) انظر الأصل ج ٥ ص ٣٣٢، ٣٣٣. والمبسوط ج ١٣ ص ١٩٦، وفتح القدير ج ٦ ص ٢٠٠.

(٣) في ش (القبض باليد) بدل (قبض اليد) والثانية أنسب للمعنى.

(٤) في ش، ح، أ، ط زيادة (كلسانه) وفي ق (كلسان المشتري) وهاتان الريادتان كل منهما توضح المعنى.

(٥) في ز، ق، ط (أمره) بدل (أمر) والمعنى معهما واحد.

(٦) انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٩٧.

(٧) في ش (عه) بدل (مت) والثانية أنسب للمعنى.

(٨) في ز، ق (للبائع) بدل (البائع) والثانية أنسب للمعنى.

وعند أبي يوسف: ليس له ذلك^(١).

له: إنه ليس بوكيل في قبض نصيبه، وأداء الثمن عنه، فكان متبرعاً في قضاء دينه فلا يرجع عليه.

لهما: إنه متى غاب بعد شرائها جملة، مع علمه، أنه يحتاج إلى قص ما اشترى^(٢)، ولا يتمكن من قبض نصيبه وحده، ومن^(٣) قبض كله، إلا بأداء كل الثمن، فكان راضياً بقبض نصيبه، وبأداء الثمن عنه. ولأنه إن كان مؤدياً بغير أمره، لكنه مضطر فيه، فصار كعين^(٤) الرهن وله حصة عن صاحبه، إلى أن يقضى حقه، كالوكيل بالشراء^(٥).

١٤٧٢- قال (أبيوسف): ولو اقتضى دينه، وهو دراهم جياد، ثم علم بعدما أنفق، أو هلك عنده، أنها زيوف^(٦)، يرد مثل ما قبض، ويطلب الجياد. وقال أبوحنيفة ومحمد: لا شيء له^(٧).

(١) في ز، ق، ط (فلو أدى كله؛ لم يقبض إلا نصفه، ولا يرجع بما أدى على صاحبه، وقال: يقبض كل العبد، ويرجع بما أدى عنه عليه). وفي ش (فلو أدى عنه ليس له أن يرجع عليه، وعندهما: له أن يرجع عليه) بدل (فلو أدى كله ... إلى ... له ذلك). والأولى والثانية أفضل؛ لأنها توافق طريقة المؤلف في ترتيب المسائل انظر البدائع ج ٧ ص ٣١٦٣، والجامع الصغير ص ٣٠٢.

(٢) في ش (ماشتراه) بدل (ما اشترى) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش، ز، ق (ولا من) بدل (ومن) والأولى أفضل لأنه عطف بالفي، فلا ينوهم أنه يستطيع قضاؤه كله.

(٤) في ز، ح، ق، ط، أ (كمعير) بدل (كعين) والأولى أنسب للمعنى. والمراد به أنه صار كمن أعار ماله إنساناً، ليرهنه بدينه فرهن، ثم أفكته، لغير من مال نفسه لا يكون مشرعاً. يرجع على الراهن. (البدائع ج ٧ ص ٣١٦٣).

(٥) من قوله (وله حيبه ... إلى ... بالشراء) سقط من ش، ق، ط وإثباتها أفضل لإتمام المعنى.

(٦) الزيوف هي الدراهم التي تخلط بمادة أخرى فتفوت صفة الجودة. (طلحة الطحاوي ص ٢٢٧) وفي ش (إذا كان للرجل على رجل دراهم جياد، فقبض الدراهم، وأفق ثم تبين أنه كان زيوف) بدل (ولو اقتضى ... إلى ... أنها زيوف) والمعنى واحد.

(٧) انظر المسوط ج ١٣ ص ١٩٣، والجامع الصغير ص ٣٠٢.

له: إن رعاية حقه في صفة الحودة واجب، ولا يمكن الرجوع بقيمته؛ لأنه
زيوف، فيعتبر ما قلنا^(١).
لهما: إن حقه كان في الفسخ^(٢)، وقد تعذر ذلك فبطل أصلاً. والله أعلم.

(١) في ش، ط (فتعين لما قلناه) بدل (فيعتبر ما قلناه) والمعنى واحد. وفي ق (لأنه يؤدي إلى
الرياء، فتعين ما قلنا) بدل (لأنه زيوف فيعتبر ما قلنا) والأولى أفضل لبيانها أنه يؤدي إلى
الرياء.
(٢) في ش (فسخ) وفي ز، ط، ق (في فسخ الانتضاء) بدل (في الفسخ) والثانية والكلمة أنسب
للمعنى

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١٤٧٣- قال (محمد): بيع لحم الشاة بالشاة، لا يجوز، إلا إذا علم أن اللحم المفروز^(١) أكثر؛ لتكون الزيادة بالسقط^(٢).

وقال أبوحنيفة وأبي يوسف: يجوز كيفما كان^(٣).

له: إنه باع الموزون بغير الموزون^(٤)، فلا يجوز إلا على وجه الاعتدال، كبيع دهن الجوز بالجوز.

لهما: إنه باع الموزون بغير الموزون؛ لأن الشاة ليست بموزونة؛ لأنه لا يعرف مقدار^(٥) ثقلها بالوزن؛ لأنها تخفف نفسها، وتثقل، بخلاف الدهن في الجوز؛ لأنه موزون.

١٤٧٤- قال (محمد): بيع الفلّس بالفلسين بأعيانهما؛ لا يجوز.

وقال أبوحنيفة وأبي يوسف: يحوز^(٦).

له: إنه ثمن، فصار كالدرهم^(٧) بدرهمين^(٨).

لهما: إنه صار ثمنًا باصطلاح الناس، فيخرج عن ذلك باصطلاح العقادين تصحيحًا لتصرفهما، بخلاف الدراهم؛ لأنها خلقت ثمنًا.

(١) في ح، أ (المقدر) بدل (والمفروز) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ز (مقابلًا بالسقط) وفي ط (بمقابلة السقط) بدل (بالسقط) والمعنى واحد.

(٣) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٨٠، ومختصر الطحاوي ص ٧٦، والبدائع ج ٧ ص ٣١٢١، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٩١.

(٤) في ح، ز، ق، ط زيادة (الموزون بالموزون وبغير الموزون) وهي توضح المعنى أكثر.

(٥) (مقدار) سقطت من ط، وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

(٦) في ش زيادة (كيفما كان) ولا أثر لها. انظر البدائع ج ٧ ص ٣١١٠، ٣٢٣٢. وإساية ج ٦ ص ٥٤٨، فتح القدير وحواشيه ج ٦ ص ١٦٢، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٩٠، والجامع الصغير ص ٢٧٥، والمبسوط ج ١٢ ص ١٨٣.

(٧) في ش (كبيع الدرهم) بدل (كالدرهم) والمعنى واحد.

(٨) في ق، ط (بالدرهمين) بدل (بدرهمين) والمعنى معهما واحد.

١٤٧٥- قال (محمد): بيع الحنطة الرطبة، والمبلولة بالحنطة اليابسة والتمر المقع بالمنقع وغير^(١) المنقع. والزبيب المنقع بغير^(٢) المنقع لا يجوز. وهو قول الشافعي^(٣).

وقال أبو حنيفة: يجوز، وهو قول أبي حنيفة آخرًا^(٤).

فأبو حنيفة: جَوِّزَ ما ذكرنا^(٥)، وبيع الرطب بالتمر، لعموم^(٦) قوله صلى الله عليه وسلم. «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، والتمر بالتمر مثلاً بمثل»^(٧). ومحمد لم يجوز كل ذلك، لما مر من المعنى في بيع الرطب بالتمر، وأبو يوسف جَوِّزَ ذلك في الكل. كما قال أبو حنيفة، إلا أنه خص الرطب بالتمر، لما روينا في تلك المسألة^(٨).

١٤٧٦- قال (محمد): بيع العقار المشتري قبل القبض، لا يجوز.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز^(٩).

(١) في ش، ز، ق (وغير) بدل (وغير) والأولى أنسب للمعنى إذ المراد بيع المنقع بغير المنقع.

(٢) في ش، ز، ق، ط زيادة (المنقع بالمنقع وبغير) والزيادة أفضل لزيادة التفصيل كما في التمر.

(٣) انظر معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٦.

(٤) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٨٧، والبنية ج ٦ ص ٥٥٩، وفتح القدير وحواشيه ج ٦ ص ١٧٠، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٩٣، الجامع الكبير ص ٢٤٩.

(٥) في ش، ز (جوز في الكل كما ذكرنا) بدل (جوز ما ذكرنا) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) في ش (لعمومات) بدل (لعموم) والأولى أنسب للمعنى.

(٧) رواه مسلم عن عباد بن الصامت، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة كتاب المساقاة. باب انصرف، وبيع الذهب بالورق نقدًا حديث رقم ٨١، ٨٢، ٨٣. ج ٣ ص ١٢١٠، ١٢١١ ورواه أبو داود عن عباد، كتاب البيوع، باب في الصرف، حديث رقم ٣٣٤٩، ج ٣ ص ٢٤٨. والترمذي عن عباد، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل كراهية التفاضل فيه، حديث رقم ١٢٤٠، ج ٣ ص ٥٣٢.

(٨) انظر المسألة (١٤٢٨).

(٩) انظر مختصر الطحاوي ص ٨٤، والبدائع ج ٧ ص ٣١٠٠، النية ج ٦ ص ٥٠٨، وفتح

لقدير ج ٦ ص ١٣٧، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٧٩، الجامع الصغير ص ١٢٧٢ والمبسوط ج ١٣ ص ٩. وكان أبو يوسف يقول أولاً بمثل قول محمد، إلا أنه رجع عن هذا القول إلى قول أبي حنيفة.

له: نهى النبي - ﷺ -: عن بيع مالم يقبض^(١).

لهما: إن عدم القبض في المنقول مانع من الحواز، لحظر انصاح العقد^(٢) لهلاك^(٣) المعقود عليه، وهذا لا يتحقق في العقار والمراد من الحديث المنقول، لما عرف^(٤).

١٤٧٧- قال (محمد): إذا اشترى التمر على رؤوس الشجر^(٥) بشرط الترك، جاز^(٦) استحساناً - وهو قول ابن أبي ليلى.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجوز قياساً^(٧).

له: إنه شرط متعارف، فصار كشرط^(٨) النخل والشراك^(٩)، على أن يحذره البائع.

(١) رر ه الدارقطني عن حكيم بن حزام من خويلد أنه قال: يا رسول الله إني رجل أشترى هذه لببوع، فما تحل لي منها، وما تحرم علي؟ قال: «يا ابن أخي إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى يقبضه» كتاب البيوع، حديث رقم ٢٥، ج ٣ ص ٩، رواه البيهقي، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع مالم يقبض وإن كان غير طعام ج ٥ ص ٣١٣.

روى البخاري ومسلم عن ابن عباس قال: قال رسول الله - ﷺ -: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه» قال ابن عباس: «أحسب كل شيء بمنزلة الطعام» البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، ومسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض حديث رقم ٣٠، ج ٣ ص ١١٦٠، كما رواه أصحاب السنن الأربعة بلفظ البخاري ومسلم.

(٢) في ح، ز، ط، أ (البيع) بدل (العقد) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش، ح، ق، ط، أ (لهلاك) بدل (لهلاك) والأولى أنسب لاشتغالها على ما النهي.

(٤) في ش، ح (وقد عرف) وفي ز، ط (وقد عرف تمامه في طريقة لخلاف).

وفي ق (وقد عرف في موضعه) بدل (لما عرف) والثانية أفضل لبيانها مكان ورود هذا الخلاف.

(٥) في ش (رأس النخل) بدل (رؤس الشجر) والأفضل أن تكون (رؤس النخل).

(٦) في ز (يجوز) بدل (جاز) والمعنى واحد.

(٧) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ٢١، ومختصر الطحاوي ص ٢٨، والذائع ج ٧ ص ٣٠٨٣، والبنابة ج ٦ ص ٢٤٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩، ونسب الحقائق ج ٤ ص ١٢.

(٨) في ق، ز، ط (كشراء) بدل (كشرط) والأولى أنسب للمياق.

(٩) في ش (فصار كما إذا اشترى نعلًا وشرائطًا) بدل (فصار كشرط النخل والشراك) والأولى

لهما: إن هذا إجارة^(١)، وبيع، وقد نهى النبي - ﷺ - عن صفقتين في صفقة، وقوله: إنه متعارف. قلنا: المتعارف هو الترك بدون الشرط، لا بشرط الترك^(٢).

١٤٧٨- قال (محمد): إذا اشترى طعاماً بشرط أن يوفيه في منزله في مصر؛ ذلك^(٣) لا يجوز - وهو قياس -^(٤).

وقال أبوحنيفة وأبيوسف: يجوز استحساناً^(٥).

له: إنه صفقتان في صفقة، فلا يجوز، كما في مصر آخر، وكما لو شرط حمله إلى منزله.

لهما: إن شرط الإيفاء شرط التسليم، والمصر مع تباين أطرافه مكان التسليم، فيصح اشتراطه؛ لأنه مقتضى العقد. وأما شرط الحمل قيل: هو على هذا الخلاف، ولئن سلمنا، فالحمل ليس بتسليم، بل هو^(٦). عمل آخر، وبخلاف مصر آخر؛ لأنه ليس مكان التسليم.

١٤٧٩- قال (محمد): إذا اشترى جارية بشرط ألا يطأها المشتري؛ جاز.

وقال أبوحنيفة وأبيوسف: لا يجوز^(٧).

له: إنه شرط لانفع فيه لأحد، هو يضر بالمشتري^(٨)، وعنده: شرط ما

أفضل لروضوها، والشراك هو: سيور النمل التي تكون على وجهها. (الباية ج ٦ ص ٤٣٥).

(١) في ط (إجارة) بدل (إجارة) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) في ش (هو الترك دون الشرط في العقد) بدل (هو الترك بدون الشرط، لا بشرط الترك) والمعنى واحد. وفي ط (لا شرط الترك) بدل (لا بشرط الترك) والمعنى واحد.

(٣) (ذلك) سقطت من ش ولا يؤثر في تغيير المعنى.

(٤) في ش (القياس) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ش، ط (وهو الاستحسان) بدل (استحساناً) ومعناها واحد. انظر البدائع ج ٧ ص ٣٠٧٧.

(٦) في ط (هذا) بدل (هو) والمعنى معهما واحد.

(٧) انظر تبين الحقائق ج ٤ ص ٥٨، وانظر البدائع ج ٧ ص ٣٠٧٦، ولم يذكر فيه قول أبي حنيفة.

(٨) في ش (الشرى) بدل (المشتري) والثانية أنسب للسياق.

يضر أحد العاقدين؛ لا يفسد العقد - ذكره الكرخي في جامعه^(١) الصغير -
لأنه شرط لا يكون غالباً، فلا يتناوله النهي.

لهما: إنه شرط ينتفع به البائع، فإنها إذا استحققت^(٢) لم يكن على البائع
قيمة الأولاد^(٣)، ومثل هذا الشرط مفسد أيضاً عند أبي يوسف، لإطلاق
النهي^(٤).

١٤٨٠. قال (محمد): هلاك السلعة في يد المشتري لا يمنع التحالف عند
الاختلاف في الثمن.

رقل أبو حنيفة وأبو يوسف: يمنع^(٥).

له: إن كل واحد منهما مدع، ومنكر؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقداً غير
ما يدعيه^(٦) الآخر، فصار كحال قيام المبيع.

لهما: إن المنكر هو المشتري حقيقة؛ لأن البائع يدعي عليه زيادة الثمن،
فأما المشتري^(٧) لا يدعي على البائع شيئاً؛ لأن المبيع سلم له كله، وقد قال
- رحمه الله -: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٨). وحال قيام السلعة

(١) في ز، ط (الجامع) بدل (جامعه) والثانية أنسب للتفريق بين الجامع الصغير للكرخي،
والجامع الصغير لمحمد بن الحسن، (انظر هدية العارفين ج ١ ص ٦٤٦).

(٢) في ز، ش (فعلى تقدير استحقاق الجارية) بدل (فإنها إذا استحققت) والمعنى معهما واحد.
(٣) في ز، ح، ق، ط زيادة (ولئن كان شرطاً يضر العاقد فهو مفسد) وهذه الريادة توضح
المعنى.

(٤) في ح، ق، ط، أ زيادة (عن بيع وشرط) وهي توضح المعنى أكثر.

(٥) انظر الجامع الصغير ص ٢٧٩، والجامع الكبير ص ٢٥٩، والمبسوط ج ١٣ ص ٢٠٠.
وانظر المسألة ج (١٤٩٢).

(٦) في ز (يدعي) بدل (يدعيه) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ش (والمشتري) بدل (فأما المشتري) والمعنى معهما واحد.

(٨) رواه الدارقطني بهذا اللفظ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال:
«البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر، إلا في القسامة»، كتاب الحدود والديات.
حديث رقم ٩٨، ٩٩، ج ٣ ص ١١٠، ١١١. ورواه البيهقي بنفس رواية الدارقطني كتب
القسامة، باب أهل القسامة والبداية فيهما اللوث بأيمان المدعي، ج ٨ ص ١٢٣ وذكر
في الجوهر النقي أن في إسناده لين وذلك لأن الزنجي ضعيف.

عرفنا التحالف بالنص بخلاف القياس، وقد عرف^(١).

١٤٨١- قال (محمد): إذا اشترى جارية على أنه بالخيار، ثم [إنها مسته]^(٢) بشهوة، لم يبطل خياره.

وقال أبو حنيفة وأبي يوسف: يبطل، ويلزم البيع^(٣).

له: إنه لم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا، ببطلانه وهو حنف فلا يبطل.

لهما: إن هذا اللبس^(٤) أوجب حرمة المصاهرة، فيلزم^(٥) البيع؛ لأنه تغير المبيع.

١٤٨٢- قال: مسألة الخيانة في التولية مرت في باب أبي يوسف^(٦).

١٤٨٣- قال (محمد): إذا اشترى ثوبين، بعشرة، كل واحد بخمسة، بعقد واحد، ثم باع أحدهما مرابحة على خمسة - يكره، مالم يبين.

وقال أبو حنيفة وأبي يوسف: لا يكره^(٧).

له: إن عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد للترويج، فتمكنت فيه التهمة.

لهما: إن ثمن كل واحد معلوم، سواء كان جيدًا، أو رديئًا فانتفت التهمة.

(١) في ش، ز، ط زيادة (تمامه في طريقة الخلاف) وهي توضح مكان ورود هذا الخلاف. (انظر المختلف الورقة ٦٥، ٦٦).

(٢) في الأصل (إنه مسها) وهذا لا يتناسب مع المعنى، لأنه إذا مسها هو بشهوة، فلا خلاف في بطلان خياره. (انظر الأصل ج ٥ ص ١٤١).

(٣) انظر الأصل ج ٥ ص ١٤٢، والمبسوط ج ١٣ ص ٦١.

(٤) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (اللبس) بدل (اللمس) والأولى أبلغ في الدلالة على المعنى المراد.

(٥) في ز (فيلزمه) بدل (فيلزم) والمعنى معهما واحد.

(٦) انظر البناية ج ٦ ص ٤٩٢، وفتح القدير ج ٦ ص ١٢٦، والمبسوط ج ١٣ ص ٨٦، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٧٥، والمسألة (١٤٦٣).

وحاصل الخلاف أنه إذا اطلع على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها - أي نذر الخيانة - من الثمن. وقال أبو يوسف يحط قدر الخيانة في المرابحة والتولية جميعًا، وعند محمد: له الخيار في المرابحة والتولية، إن شاء أخذا بجميع الثمن وإن شاء تركها.

(٧) انظر الأصل ج ٥ ص ١٥٩، والمبسوط ج ١٣ ص ٨١.

كما لو^(١) اشتراهما بصفقتين^(٢).

١٤٨٤- قال (محمد): إذا اشترى جارية، قد ارتفع حيضها - لاسبب الإيأس - عن محمد روايتان، في رواية: يتركها أربعة أشهر وعشرة أيام ثم يطأها، وفي رواية: يتركها شهرين وخمسة أيام. وعند أبي حنيفة: أنه يتركها حتى تستبين أنها غير حامل، ولم يقدره^(٣).

وعن أبي يوسف: أنه قدره بثلاثة أشهر، وقيل هو مفسر^(٤) قول أبي حنيفة وعن (زفر): أنه قدره^(٥)، بستتين، وعند الشافعي: مقدر بأربع سنين، وقال أبو مطيع البلخي^(٦)، يقدر بتسعة^(٧) أشهر^(٨).

له^(٩): إن المعتاد في مدة الحمل هذا.

للشافعي: إن الولد يبقى في البطن أربع سنين، فلا يعرف فراغ الرحم إلا به.

لزفر: إن الولد لا يبقى في البطن أكثر من ستين، لما عرف.

لمحمد على الرواية الأولى: إن هذا القدر عدة وفاة الحرة، وبها يعرف براءة الرحم، فيتقدر به.

وعلى الرواية الثانية: إنها عدة وفاة الأمة^(١٠).

(١) في ش (إذا) بدل (لو) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ش، ط (صفقتين) وفي ح (في صفقتين) بدل (بصفقتين) والثانية والثالثة تؤديان إلى المعنى الصحيح.

(٣) في ز، ق، ط (يقدره) بدل (يقدره) والثانية أنسب، إذا المجال مجال تقدير لا تفسير.

(٤) في ز، ق، ط (تفسير) بدل (مفسر) والأولى أنسب للمعنى.

(٥) في ش (مقدر) بدل (قدره) والمعنى معهما واحد.

(٦) هو الحكم بن عبدالله بن مسلمة بن عبدالرحمن القاضي. أبو مطيع البلخي، راوي المعنى الأكبر عن أبي حنيفة، مات سنة ١٩٩ هـ. (العوائد البهية ص ٦٨).

(٧) في ط، ق (مقدر بتسعة) بدل (يقدر بتسعة) والمعنى واحد.

(٨) انظر الأصل ج ٥ ص ٢٦٩، والمبسوط ج ١٣ ص ١٤٧، واليسابى ج ٦ ص ٣٣٦، ومختصر الطحاوي ص ٩١، ومغني المحتاج ج ٣ ص ٤١٣، والدائع ج ٧ ص ٣٢٧.

(٩) في ق (أبي مطيع) بدل (له) والأولى أفضل لوضوحها.

(١٠) في ش، ح، ط، أ (عدة الرفاة للأمة) بدل (عدة وفاة الأمة) والأولى أدق في التعبير عن المعنى.

وبها^(١) يعرف^(٢) براءة الرحم.

لهما: إن هذه عدة الآيسة، والصغيرة، ويعرف بها فراغ^(٣) الرحم، فيقدر بها في حق هذه؛ لأنها أشبهت^(٤) بالآية.

١٤٨٥- قال (محمد): 'بيع دود القز، وبيضه، يجوز.

وقال أبوحنيفة وأبو يوسف: لا يجوز.

له: إنه معتاد فيجوز للحاجة^(٥).

لهما: إنه ليس بمال، لأنه لا ينتفع به في الحال^(٦) وما يتولد منه فهو^(٧) معدوم.

١٤٨٦- قال (محمد): إذا اشترى عينا شراء فاسداً، وقبضه ثم ازدادت قيمته في يده، فاستهلكه^(٨)، ثم اختصما، قُضي عليه بقيمته يوم الاستهلاك.

وقال أبوحنيفة وأبو يوسف: بقيمة^(٩) يوم القبض^(١٠).

له: إنه تقرر^(١١) القيمة عليه بالاستهلاك، فتعتبر قيمته حينئذ.

لهما: إنه^(١٢) أدخلت^(١٣) في ضمانه يوم القبض، فلا يتغير كالمغصوب.

(١) (بها) سقطت من ش، وإثانها أفضل لاستقامة المعنى.

(٢) في ق، ط (يعرف بها) بدل (وبها يعرف) والمعنى واحد.

(٣) في ز (براءة) بدل (فراغ) ويؤيدان إلى معنى واحد.

(٤) في ح، أ، ط (أشبه) بدل (أشبهت) والأولى أفضل لاستقامة العبارة.

(٥) في ز، ط (بالحالة) بدل (للحالة) والثانية أنسب للمعنى. وبالنسبة لبيع دود القز فقد قيل أن أبا يوسف قوله مع محمد، وفيل قوله مع أبي حنيفة.

انظر البناية ج ٦ ص ٤٠١، ٤٠٢، وفتح القدير ج ٦ ص ٥٨، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٩، والبدائع ج ٦ ص ٣١٠٩.

(٦) في ز، ط (للحال) بدل (في الحال) والمعنى معهما واحد.

(٧) (نهر) سقطت من ط، ق، ولا يتغير المعنى سقطها.

(٨) في ش (فاستهلكها) بدل (فاستهلكه) والثانية أنسب للسياق.

(٩) في ش، ز، ق (بقيمة) بدل (بقيمة) والأولى أفضل لوضوحها.

(١٠) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٢٦، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٦٢.

(١١) في ش (تقدر) وفي ز، ق، ط (تقرر) بدل (تقرر) والثالثة أنسب لاشتغالها على البناء الدالة على مؤنث وهو (القيمة).

(١٢) في ط (إنها) بدل (إنه) والأولى أنسب لقوله: (أدخلت).

(١٣) في ش، ز، ح، ق، أ (دخلت) بدل (أدخلت) وتؤيدان إلى معنى واحد.

١٤٨٧- قال (محمد): إذا باع نفس العبد منه بجارية، أو أعتقه على جارية بغيرها، ثم استحققت^(١)، يطالبه المولى بقيمة الجارية في قول^(٢) أبي حنيفة أولاً، وهو قول محمد^(٣) وزفر، والشافعي^(٤) وفي قوله^(٥) الآخر، وهو قول أبي يوسف: يرجع بقيمة العبد^(٦).

له: إن هذا بدل ما ليس بمال، وهو العتق؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق، والعتق لا قيمة له ليرجع^(٧). فيرجع ببذله وهي الجارية، وقد عجز عن تسليم الجارية، فيجب تسليم قيمتها^(٨)، كما في المهر، والخلع، والصلح عن دم العمد.

لهما: إن الجارية بدل نفس العبد، وهو مال، فإذا عجز^(٩) عن تسليمها، يجب^(١٠) تسليم بذلها، وهو العمد، وقد عجز عن تسليم نفس العبد بالعتق، فيجب^(١١) قيمته لما عرف^(١٢).

(١) استحققت: من الاستحقاق وهو ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير. (حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٩١).

(٢) في ش، ز، ح، ط، ق، أ (وهو قول) بدل (في قول) والأولى أنسب لموافقة طريقة الكتاب؛ لأن الكلام هنا لمحمد.

(٣) (محمد) سقطت في ش، ز، ط، ق، ح، أ وعدم ذكرها أفضل؛ لأن الباب لمحمد.

(٤) في ط زيادة (أيضاً معها) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٥) أي في قول أبي حنيفة.

(٦) انظر المبسوط ج ٧ ص ١٤٨، والبدائع ج ٥ ص ٢٣٣٤، والأصل ج ٥ ص ١٩٧، والمسألة ١٠٤٩. والأم ج ٨ ص ٧٧.

(٧) في ش، ز، ق، ط زيادة (به) وهي توضح المعنى.

(٨) هي ط قيمة تسليمها بدل (تسليم قيمتها) والثانية أسلم في التركيب.

(٩) في ز (وقد) بدل (فإذا) والثانية أنسب للمعنى، لأنه مكون من جملة شرطية كاملة.

(١٠) في ز (فيجب) بدل (يجب) والثانية أفضل، لأنه لا مسوغ لدخول الماء في الحبوب. وفعله (عن تسليمها يجب) سقط من ح والمعنى لا يكتمل بذكره.

(١١) في ق، ط زيادة (تسليم) وهي توضح المعنى.

(١٢) في ز، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة توضح مكان ورود هذا الخلاف. (انظر المختلف الورقة ٧٢).

باب قول أبي حنيفة على خلاف أبي يوسف ولا قول لمحمد فيه

١٤٨٨- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى عبداً، فقبضه، ثم استحقه رجل بيته، وقضى القاضي له^(١)، فأجاز المستحق له^(٢) هذا البيع - لا يجوز.
وقال أبو يوسف: يجوز^(٣).

له: إن كونه ملكاً للغير لا يمنع انعقاد البيع، كما في الفصولي^(٤)، فلا يمنع بقاءه.

لأبي حنيفة: إن إقدامه على الدعوى، وطلب القضاء به يدل^(٥) على استبقاء المحل على ملكه، وذلك أمانة الفسخ، فلا يجوز بعد ذلك.

(١) في ط زيادة (له في ذلك) وهي توضح المعنى.

(٢) (له) سقطت من ط، ق، والمعنى لا يتغير بسقوطها.

(٣) قال في فتح لقدير: «ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشتري، لا يوجب انفساح، العقد الذي بينه وبين البائع، ولكن يوجب توقفه على إجازة المستحق، وتبعه لجماعة، فاعترضه شارح بأن غاية ما في الباب أن يكون بيع فضولي، يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق، وفيه إذا وجد عدم الرضا يفسخ العقد وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا . . .» وقال أيضاً: «واعلم أن المنقول في البيع متى يفسخ أقوال قيل: إذا قبض المستحق، وقيل: بنفس القضاء، والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعدما قصي له، أو بعدما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح. وقال شمس الأئمة الحلواني: الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسحاً للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالمصاء وفي الزيادات روي عن أبي حنيفة أنه لا يتقضى ما لم يأخذ العين بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية: لا يفسخ ما لم يفسخ، وهو الأصح» ج ٦ ص ١٨٣، ١٨٤، وانظر حاشية اس عابدين ج ٥ ص ١٩١.

(٤) في ش (الفصول) بدل (الفصولي) والثانية هي الأصح.

(٥) في ز، ق، ط (دليل) بدل (بدل) والمعنى معهما واحد.

١٤٨٩- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى عبداً، فكاتبه، أو أعتقه على مال، ثم اطلع على عيب به؛ لم يرجع بنقصانه في رواية الأمالي عنه، وفي ظاهر الرواية، وهو قول أبو يوسف - يرجع^(١).

وجه رواية الأمالي: أنه إزالة^(٢) يبدل، فصار كالبيع.

وجه ظاهر الرواية: أن البذل والمبدل ملكه، فلا يكون بدلاً حقيقة، فصار كالإعتاق بغير مال^(٣).

١٤٩٠- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى أمة، فأبقت منه، ثم علم المشتري بها عيباً،

لم يرجع بنقصانه مادامت حية - في رواية الحسن بن زياد عنه - وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف: ^(٤) له الرجوع في الحال^(٥).

له: إن العجز^(٦) متحقق، والعود موهوم.

لأبي حنيفة: إن العود ممكن، فكان الرد موهوماً في الجملة، وإذا يمنع الرجوع بالنقصان.

١٤٩١- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى داراً بفنائها^(٧)؛ لم يجز وهو قول زفر -

وقال أبو يوسف: يجوز^(٨).

له: إنه يراد به حق المرور، فصار كذكر حق^(٩) الطريق.

(١) انظر الأصل ج ٥ ص ١٨٢، وانظر المبسوط ج ١٣ ص ١٠٠، والباية ج ٦ ص ٣٤١،

٣٤٢، وانظر فتح القدير ج ٦ ص ١٥، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٣٦، والقول بعدم الرجوع قياس. والقول بالرجوع استحسان؛ لأن العتق إتمام الملك.

(٢) في ش زيادة (ملكه) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٣) في ز (المال) بدل (مال) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ش، ز، ح، ق، ط، أ زيادة (إن) وهي تؤدي إلى استفادة العارة.

(٥) انظر تبيين الحقائق ج ٤ ص ٣٦، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق ج ٤ ص ٣٦.

(٦) في ق، ط زيادة (في الحال) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٧) الفناء بكسر الفاء سعة أمام الدار، وقيل ما أمتد من جوانب الدار (لسان العرب ج ٥ ص

١٦٥، والتعريفات الفقهية ص ٤١٦).

(٨) انظر البدائع ج ٦ ص ٣٠٥٨.

(٩) (حز) سقطت من ش، ز، ح، ق، ط، أ ولا يغير المعنى بسقوطها.

لأبي حنيفة: إن الفناء من طريق العامة، فلا يجوز بيعه، ولأنه^(١) مجهول
القدر، فلا يحوز.

١٤٩٢- قال (أبوحنيفة): إذا اختلف البائع، والمشتري في قدر الثمن بعد قبض
المشتري، وقد تغيرت الحال؛ لم يتحالفا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف^(٢).
ولو كان المبيع اثنين فهلك أحدهما ثم اختلفا، هل يكون تغيير في الآخر؟
حتى يمنع التحالف. قال أبوحنيفة: هو تغيير.
وقال أبو يوسف: ليس بتغيير^(٣).

-
- (١) في ش (لأنه) بدل (ولأنه) والثانية أفضل؛ لأنه عطف سبباً جديداً على السبب الأول.
(٢) والقول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يتحالفان، (انظر
مختصر الطحاوي ص ٨٢، المبسوط ج ١٣ ص ٣٠، ٣١، تبين الحقائق ج ٤ ص
٣٠٧، والبناء ج ٧ ص ٤٤٣، وفتح القدير ج ٧ ص ١٩٨، والمسألة ١٤٨٠).
(٣) وهذا الفرع من المسألة سيرد في باب الثلاثة، المسألة رقم ١٥١٦. والمسألة كلها سقطت
من بقية النسخ الأخرى وإثباتها أفضل لعموم العائدة.

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول محمد، ولا قول لأبي يوسف فيه

١٤٩٣- قل (أبوحنيفة): إذا اشترى عبدين بألف، كل واحد^(١) بحمسة فظهر أن أحدهما حر، فالبيع في الآخر فاسد.
وقال محمد - جائر -.

وقول أبي يوسف [مضطرب]^(٢). وقد مر في باب أبي حنيفة^(٣).

١٤٩٤- قل (أبوحنيفة): إذا اشترى شيئاً^(٤) بشمن معلوم على أنه، إن لم يقدر^(٥) ثمنه إلى أربعة أيام، فلا بيع بينهما فهو فاسد.
وعند محمد: يجوز.

ولم يذكرهما قول أبي يوسف، وروى الحسن بن أبي^(٦) مالك في قوله^(٧) مثل قول محمد: وروى محمد أن قوله مثل قول أبي حنيفة. فالحاصل أن هذا شرط الخيار معني، إلا أنه مقدر بأربعة أيام، وأبو حنيفة لم يحزه - كما هو أصله - ومحمد أجازته - كما هو أصله^(٨) - وعن أبي يوسف روايتان،

(١) في ق، ط زيادة (منهما) وهي توضح المعنى أكثر.

(٢) سقط ما بين القوسين من الأصل، والمعنى لا يتم بدونه وفي ط زيادة (فيه مضطرب) ولا يعتبر المسمى بهذه الريادة.

(٣) انظر المسألة ١٤٢٤، والمبسوط ج ١٤ ص ٣، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٦٠، والناية ج ٦ ص ٤٤٠، وفتح القدير ج ٦ ص ٨٩، وجميعهم ذكروا قول أبي يوسف مع محمد. وليس فيه إشارة إلى اضطراب قول أبي يوسف.

(٤) شيئاً سقطت من ش وإثباتها أفضل لإتمام المعنى.

(٥) في ش (ينقده) بدل (ينقد) والمعنى معهما واحد.

(٦) (أبي) سقطت من ش، والصحيح إثباتها، لأن صحة الاسم كذلك.

(٧) في ط (إن قوله) بدل (في قوله) والأولى أنسب للسياق.

(٨) انظر الأصل ج ٥ ص ٩٨، والمبسوط ج ١٣ ص ١٧، والجامع الصغير ص ٢٨٤.

فعلى إحدى الروايتين فرق بين هذا وبين شرط الخيار أربعة أيام صريحا^(١).
وجه ذلك: أن الدليل ينفي اشتراط الخيار^(٢)، لما عرف، إلا أنا جوزنا ذلك
ثمة^(٣)، بحديث^(٤) ابن عمر: أنه شرط الخيار شهرين^(٥)، ولا
خيار^(٦) ههنا^(٧)؛ فلا يجوز.

١٤٩٥- قال (أبو حنيفة): لا يجوز بيع النحل، ولا يضمن متلفه.
وعند محمد: إذا كان محرزا، مجموعا، يجوز^(٨)، ويضمن متلفه^(٩).
له: إنه مال منتفع به باعتبار عاقبه، فصار كالجحش والمهر.

والبنية ج ٦ ص ٢٦٤، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠٢، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٥،
وفيها ذكروا قول أبي يوسف مع أبي حنيفة ثم أشاروا إلى الخلاف، والأصل عند أبي
حنيفة أن لا يجوز اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام. والأصل عند محمد أنه يجوز اشتراط
الخيار إذا سمي مدة معلومة حتى لو كانت أكثر من سنة. (انظر البنية ج ٦ ص ٢٦٠،
وفتح القدير ج ٥ ص ٤٩٩).

(١) انظر البنية ج ٦ ص ٢٦٣، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠٣، والعناية للبرقي على هامش فتح
القدير ج ٥ ص ٥٠٣، وتبيين الحقائق، وحاشية الشلي ج ٤ ص ١٥.

(٢) في ز زيادة (في صورة) وهي توضح المعنى.

(٣) (ثمة) سقطت من ش، وإثباتها أفضل للإيضاح. وفي ط (ثم) بدل (ثمة) ونؤيدان إلى
المعنى المراد.

(٤) في ش، ز، ح، ق، ط (لحديث) بدل (حديث) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ق زيادة (إلى) ولا أثر لها. وفي ط (شهرًا) بدل (شهرين) وفي بعض المصادر (شهرين)
وفي بعضها (شهر) والروايتان غير صحيحة ولم تثبت. (انظر المسألة ١٤٤١).

(٦) في ز، ط (خبر) بدل (خيار) والثانية هي الأنسب للمعنى إذ أن أبا يوسف يقول بجواز
شرط الخيار إلى مدة معلومة، ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام - كما هو قول محمد - وذلك
لما أثر عن ابن عمر، ولكن ههنا لم يذكر الخيار بل ذكر أنه لا بيع بينهما، فهذا يس
بخيار، ولذلك لم يجوز أبو يوسف هذا في الرواية الأخرى الواردة عنه. (انظر المصادر
السابقة، والمسألة ١٤٤١).

(٧) في ق (هنا) بدل (ههنا) والمعنى واحد.

(٨) في ز زيادة (بيعه) وهي توضح المعنى.

(٩) انظر البدائع ج ٦ ص ٣٠٠٨، ٣٠٠٩. وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٩، والبنية ج ٦ ص
٤٠٠، فتح القدير ج ٦ ص ٥٧. وذكر في البنية وفتح القدير قول أبي يوسف مع قول أبي
حنيفة. وانظر اللباب في شرح الكتاب ج ٢ ص ٤٦.

لأبي حنيفة: إنه ليس بمال، ولا ينتفع به في الحال، والذي يتولد منه معدوم.

١٤٩٦- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى دهنًا في زجاج ونظر إليه من زجاج^(١) لم تكن^(٢) رؤية، حتى يصبه على كفه - رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة، وهشام عن محمد - وروى ابن سماعة عن محمد: أنه رؤية^(٣).
وجه هذه الرواية: أن الزجاج لا يخفي صورة الدهن، فتعرف صفته فيكتفى به.

وجه الرواية الأولى: أنه لم ير عينه، وبه يبطل^(٤) خيار الرؤية.

١٤٩٧- قال (أبو حنيفة): المولى إذا وطئ أمته، ثم زوجها من رجل^(٥)، فللزوجة أن يطأها من غير استبراء، وكذا من تزوج امرأة قد علم أنها زنت^(٦)، فلا استبراء عليه.

وقال محمد: أحب إلي أن يستبرئها. وقيل: قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة^(٧).

له: إن احتمال سقى مائه زرع غيره ثابت، فيجب التحري عنه.

لأبي حنيفة: إن علة وجوب الاستبراء، استحداث ملك الوطء، بملك

(١) في ز (من خارج الزجاج) بدل (من زجاج) والمعنى معهما واحد وفي ق (من خارج) وفي ط (من خارجة) بدل (من زجاج) والمعنى مع أي من هذه الألفاظ واحد.

(٢) في ط زيادة (تلك) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٣) انظر البدائع ج ٦ ص ٣٣٦٧، وتبيين الحقائق، حاشية الشلبي ج ٤ ص ٢٧، والباية ج ٦ ص ٣١٣.

(٤) في ق، ط (لا يبطل) بدل (يبطل) والصحيح الثانية إذ المراد أن برؤية المين يبطل خيار الرؤية.

(٥) (من رجل) سقطت من ش، ز، ق، ط. وسقوطها وإثباتها واحد لأن الترويج لا بد أن يكون من رجل.

(٦) في ش (زالت) بدل (زنت) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) انظر لأصل ج ٥ ص ٢٥٦، والجامع الصغير ص ١٤٥، والمسوط ج ١٣ ص ١٥٢، والبدائع ج ٧ ص ٣٢٧٤.

اليمين^(١)، ولم يوجد، وما ذكر^(٢) جُكَمَةً، فلا تُزاعى.

١٤٩٨- قال (أبو حنيفة): حلال باع من حلال صيداً في الحل، وهما عند البيع في الحرم - جاز فيما رواه الحسن بن زياد عنه.

وعن محمد: أنه باطل^(٣).

له: إن هذا تعرض في الحرم للصيد؛ لأن فعلهما وجد في الحرم، وأنه حرام.

لأبي حنيفة: إن المحرم هو التعرض لصيد الحرم^(٤)، أو الجاية على الإحرام، ولم يوجد.

(١) في ط (العين) بدل (اليمين) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) (وما ذكر) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لإتمام المعنى.

(٣) انظر الناية ج ٣ ص ٧٧٣، وفتح القدير ج ٣ ص ٣٠، وتبيين الحقائق ج ٢ ص ١٦٩، والحكم هنا فيما إذا كان الصيد خارج الحرم، والمتبايعان داخل الحرم، أما إذا كان الصيد أيضاً داخل الحرم فإنه يجب إرساله، ولا يصح بيعه بالاتفاق بين الثلاثة الأصحاب. وإن باعه وجب عليه رده إن كان الصيد قائماً، وإن كان فائتاً فعليه جزاءه. (انظر المسوط ج ٤ ص ٩٨، والبنية ج ٣ ص ٧٧٢، وفتح القدير ج ٣ ص ٢٩، ٣٠، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٦٩، والبدائع ج ٣ ص ١٢٨١، ج ٦ ص ٣٠٠٤).

(٤) في ش، ط (للصيد في الحرم) بدل (للصيد الحرم) والمعنى واحد.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٤٩٩- قال (أبيوسف): إذا اختلف رب السلم، والمُسَلَّم إليه في قدر رأس المال، أو المُسَلَّم فيه، أو فيهما^(١)، وأقاما البيعة؛ قضي بعقد واحد، وثبت الفصل، وقيل هو قول أبي حنيفة أيضًا.
وقال محمد. قضي له^(٢) بسلمين^(٣).

له: إن البيعات يجب العمل بها ما أمكن، وهما قد أمكن بالقضاء بالعقدين^(٤)، كما^(٥) ادعيا، وصار كما إذا كان رأس المال ثوبين، قال أحدهما: ^(٦) رأس المال هذا، وقال الآخر: لا بل هو^(٧) هذا.

لأبي يوسف: إنهما اتفقا أنه لم يجر بينهما إلا عقد واحد، فالقضاء لهما، قضاء بما لا يدعيه أحدهما. وصار كما لو كان رأس المال ثوبًا واحدًا، بخلاف الثوبين؛ لأنهما لم يتفقا على رأس المال، فلم يتفقا على عقد واحد.

١٥٠٠- قال (أبيوسف): الوكيل بشراء شيء، إذا اشتراه، ونقد الثمن من مال نفسه، فله حبسه عن الموكل، لاستيفاء الثمن عندنا - خلافاً لزفر، على ما نذكره في باب^(٨) - فلو حبسه، وهلك في يده فعند أبي يوسف: يهلك هلاك

(١) في ق زيادة (جميعًا) وهي تزكد المعنى.

(٢) (له) سقطت من، ش، ز، ق، ط، أ وذكرها وعنده سواء.

(٣) هذا إذا قامت لهما البيعة، وأما إذا لم تكن لهما بيعة يترادان السلم، ويأخذ الثالب رأس ماله بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه بالاتفاق. (انظر لأصل جـ ص ٢١، والمبسوط ج ١٢ ص ١٥٥).

(٤) في ش، ز، ق، ط (بعقدين) بدل (بالعقدين) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ز، ط زيادة (إذا) ولا داعي لهذه الزيادة.

(٦) في ق، ط زيادة (كان) ولا أثر لهذه الزيادة.

(٧) (هو) سقطت من ق، ط ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٨) انظر المسألة (١٥٢٨).

المرهون^(١)، حتى لو كان فيه وفاء بالثمن، سقط^(٢)، ويرجع^(٣) بالفضل على الموكل.

وقال محمد: يهلك هلاك المبيع، ويسقط كل الثمن^(٤).

له: إنه كالبائع من الموكل، فصار كالمبيع في يده.

لأبي يوسف: إنه ليس ببائع حقيقة، لكنه يحبس به بدين عليه. وهو الثمن، وهذا هو الرهن.

١٥٠١- قال (أبيوسف): الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي على أنه بالخيار ثلاثة^(٥)، قبلغ الصبي في الثلاثة^(٦)؛ تم البيع.

وقال محمد: بقي الخيار، لقاء العاقد، وله فسخه في المدة^(٧).

(١) والمرهون يضمن بالأقل من قيمته ومن الثمن. (المسوط ج ١٢ ص ٢٠٥).

(٢) في ط (يسقط) بدل (سقط) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش، ر، ق، ط (ولا يرجع) بدل (ويرجع) والأولى أنسب للمعنى إذا المراد أنه إذا لم يكن فيه وفاء بالثمن رجع بالفضل على من وكله.

(٤) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٢٠٥، والبنية ج ٧ ص ٢٩٦، ٢٩٧، وفتح القدير ج ٧ ص ٣٧، وتبيين الحقائق، وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٢٦١، ٢٦٢، والمدائع ج ٧ ص ٣٤٨٥، وذكروا في هذه المصادر قول أبي حنيفة مع قول محمد. أما عند زفر فإنه يهلك هلاك المخصوص؛ لأنه ليس له الحق في حبسه. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً، وقيمة المبيع عشرة، يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عد أبي يوسف، وعد زفر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة، لأن عنده يهلك هلاك المخصوص فلا يرجع الوكيل على الموكل، إن كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر. وأما عند أبي حنيفة ومحمد، يجعل كأنه نافع حسن المبيع لاستيفاء الثمن، فهلك، فلا فرق بين أن يكون الثمن قليلاً أو كثيراً؛ لأنه يسقط بهلاك المبيع، فلا يجب شيء أصلاً. (انظر المصادر السابقة).

(٥) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (ثلاثاً) بدل (ثلاثة) والثانية أفضل؛ لأن العدد ثلاثة يؤنث مع المذكور، إذ المراد هنا ثلاثة أيام.

(٦) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (الثلاث) بدل (الثلاثة) انظر الفقرة السابقة.

(٧) قوله (ببقاء العاقد، وله فسخة في المدة) سقطت من ش، ز، ح، أ، ق، ط. وإسناتها أفضل لزيادة الإيضاح. والمراد هنا أن الولي يملك الفسخ، ولا يملك الإحارة عد محمد. (نظر البدائع ج ٧ ص ٣٣٠٥)

له: إن العاقد^(١) باق، فيبقى شرط العقد، وهو الخيار.

لأبي يوسف: إن المالك لم يكن عاقداً، حتى يثبت له الخيار، والذي كان له الخيار زالت ولايته، فصار كموته.

ثم عند محمد: للصبي الذي بلغ^(٢) فسخ العقد في المدة؛ لأنه امتناع عن إزالة ملكه^(٣)، والخيار باق، وليس له^(٤) أن يجيز؛ لأنه إزالة ملك المالك، ولم يبق^(٥) عليه ولاية، فلو مضت المدة لزم البيع لزوال المانع. وروي عن محمد: أن للعاقد أن يجيز^(٦) في الثلاث؛ لأنه كان نائباً عن المالك، كالوكيل.

١٥٠٢. قال (أبيوسف): الوكيل بشراء شيء موصوف، غير عين إذا اشترى، ولم تحضره النية عند الشراء إنه يشتريه لنفسه، أو لموكله؛ يُحكّم النقد (التمن)^(٧) فيه.

وقال محمد: هو للوكيل^(٨).

له: إن كل حر^(٩) عامل^(١٠) لنفسه، حتى يقوم الدليل بخلافه^(١١).

(١) في ط (العقد) بدل (العاقد) والثانية أنسب للمعنى؛ لأن المراد به هنا من قام بالعقد، وليس العقد ذاته والمراد بالعاقد هنا هو الصبي، الذي بلغ. (انظر الفقرة التالية).

(٢) في ز، ق (للعاقد) بدل (للصبي الذي بلغ) والثانية أفضل حتى لا يتوهم غير المراد.

(٣) أي ملك انصبي عن التمن. (انظر الورقة ١٤٨ من النسخة ح بالهامش).

(٤) في ط (للولي) بدل (له) والأولى أفضل؛ لأنها أوضح.

(٥) في ق زيادة (للولي) وفي ط زيادة (له) وهاتان الزيادتان توصحان المعنى، إلا أن الأولى أوضح.

(٦) في ق (يجيزه) بدل (يجيز) والمعنى معهما واحد.

(٧) (التمن) سقط من ز، ح، ق، ط، أ وهي توضح المراد بالنقد، والمراد أن عند أبي يوسف

إذا أضاف العقد إلى دراهم الأمر أو الموكل فهو عاقد للموكل، وإن أضاف العقد إلى

دراهم نفسه فهو عاقد لنفسه

(٨) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٢١٢، والنباية ج ٧ ص ٣٠٤، وفتح القدير ج ٧ ص ٤٦،

وتبيين الحقائق ج ٢ ص ٢٦٤، والبدائع ج ٧ ص ٣٤٧٢.

(٩) في ط زيادة (عاقل) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(١٠) في ق (عاقد) بدل (عامل) والثانية أنسب للمعنى.

(١١) في ز، ط (على خلافه) بدل (بخلافه) والمعنى واحد.

لأبي يوسف: إن المطلق يحتمل كل واحد منهما على السواء، فيحكم
النقد^(١) كما في حالة التكاذب.

١٥٠٣- قال (أبيوسف): إذا اشترى عبدًا، وباعه من آخر، فجاء المشتري الثاني
يرده^(٢) عليه بعيب^(٣) فأنكر هذا البائع العيب، فأقام المشتري البيعة، وردّه؛
فله أن يرده على البائع الأول بهذا العيب.
وقال محمد: ليس له ذلك^(٤).

له: إنه أبطل حق الرد بإقراره، وإقراره نافذ على نفسه.
لأبي يوسف: إنه صار مكذبًا^(٥) في زعمه، بقضاء القاضي بالبيعة؛ فلا يعتبر
رعه.

١٥٠٤- قال (أبيوسف): رجلان ابتاعا عبدًا من رجل، ومات أحدهما والبائع
الآخر وارثه، فأراد المشتري الرد عليه بعيب؛ حلف الوارث في حصة نفسه
على البتات، وسقط^(٦) عنه اليمين في نصيب مورثه^(٧).
وقال محمد: يحلف في نصيب نفسه على البتات، وفي نصيب مورثه^(٨).

-
- (١) في ق، ط زيادة (فيه) وهي توضيح المعنى.
(٢) في ق (ردّه) وفي ط (يرد) بدل (يرده) والأولى والثالثة تؤيدان إلى المعنى المراد.
(٣) في ش، ز، ق، ط زيادة (يدعيه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.
(٤) قال في الأصل: «وإذا اشترى عبدًا فرد عليه بعيب، ففسله بغير قضاء قاض؛ فليس له أن
يرده على الأول؛ لأن هذا بمنزلة الصلح والرضا، ولو قبله بقضاء قاض بينة قامت، أو
بإياء يمين، أو بإقرار عند القاضي إنه باعه والعيب فيه، ولا يعلم هو بالعيب؟ كان له أن
يرده على الذي باعه إياء، وإن كانت له، على العيب بينة، وإلا استحلّقه، فإن نكل عن
اليمين رده عليه، وإن حلف لم يرده عليه». ج ٥ ص ١٨٤، وانظر أيضًا الجامع الصغير
ص ٢٩٠، والمبسوط ج ١٣ ص ١٠٣، وأما إذا أنكر البائع الثاني هو المشتري الأول -
هذا البيع فهو عل الخلاف الذي ذكره المؤلف. (انظر النابة ج ٦ ص ٣٤٩ وفتح القدير ج
٦ ص ٢٠، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٣٨).
(٥) في ز زيادة (شرعًا) وهي توضيح المعنى وتكملة.
(٦) في ط (وسقط) بدل (وسقط) والمعنى معهما واحد.
(٧) في ز، ط (المورث) بدل (مورثه) والثانية أفضل لوجود الصير الذي يعود على الوارث.
(٨) في ش، ز، ق، ط (صاحبه) بدل (مورثه) والمعنى معهما واحد.

على العلم، ذكر ذلك^(١) في الجامع الكبير^(٢). وهو نظير^(٣) المتماضين وقد مرت في كتاب الشركة في هذا الباب^(٤).

١٥٠٥. قال (أبويوسف): عبد بين اثنين، باعه رجل بغير إذنه فباعهما^(٥)، فأجاز أحدهما، ورد الآخر، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ حصة المحيز بئمه، وإن شاء ترك

وقال محمد: يلزمه حصة المحيز بئمنها^(٦).

له: إنه متى قبل نصيب كل واحد منهما مع علمه أنهما قد لا يجتمعان على الإجازة، فقد رضي بتفريق^(٧) الصفقة عليه.

لأبي يوسف: إنه رضي بتملك الكل، ولم يسلم له الكل، بل النصف، مع عيب الشركة، فيتخير فيه.

رقوله: إنه رضي، لا كذلك^(٨)؛ لأنه ربما أقدم عليه [رجاء]^(٩) أن يجيزا جميعاً

١٥٠٦. قال (أبويوسف): المجوسي إذا خنق شاة، أو وقظها^(١٠) أو ذبحها، فباعها من مجوسي^(١١)؛ جاز البيع.

(١) (ذلك) سقطت من ش، ز، ق، ط. وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

(٢) رقول أبي يوسف هذا فيما إذا كان البيع صفقة واحدة، فأما إذا كان السع صفقتين فقله كقول محمد. انظر الجامع الكبير ص ٢٢٧.

(٣) في ر، ح، ق، ط، أ زيادة (مسألة) وهي توضح المعنى.

(٤) انظر المسألة (١٣٥٩).

(٥) في ز، ط زيادة (الخبر) وهي توضح المعنى.

(٦) انظر حاشية اس عابدين ج ٥ ص ١١٦.

(٧) في ز، ق، ط (بتفريق) بدل (بتفرق) والأولى أفضل لشروعها.

(٨) في ز، ط (قلنا: ليس كذلك) وفي ح، ق (ليس كذلك) بدل (لا كذلك) والأولى وثانية أروض وأبلغ في الدلالة على المراد.

(٩) في الأصل (رجل) وهو وهم من الناسخ.

(١٠) الشاة الموقوفة هي المفتولة بمعاً أو حجر. (طلبه الطلبة ص ٢١٦).

(١١) في ق، ط، زيادة (آخر) وهي توضح المعنى.

وقال محمد: لا يجوز^(١).

له: إنها ميتة، ولا قيمة لها.

لأبي يوسف: إنها ذكية، ومال عندهم، فصار كالخمر والخنزير.

١٥٠٧- قال (أبيوسف): النظر إلى وجه الدابة لا يمنع^(٢) خيار الرؤية، حتى يرى مؤخرها.

وقال^(٣) محمد: يمنع^(٤).

له: إن الأصل في الحيوان الوجه، فيكتفي برؤيته^(٥) كالعبد والأمة.

لأبي يوسف: إن المؤخر موضع مقصود فيها، فيشترط رؤيته^(٦).

١٥٠٨- قال (أبيوسف): إذ اشترى شجرة للقطع، لم تدخل الأرض في البيع، ولو شرط القرار تدخل، فلو أطلق، لم تدخل عند أبي يوسف. وعند محمد: تدخل^(٧).

له: إن الشجر اسم للمستقر، ولا قرار إلا بالأرض.

لأبي يوسف: إن الأصل هو^(٨) الأرض^(٩)، والشجر تبع، والتبع لا يستتبع الأصل.

(١) انظر حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١.

(٢) في ز، ق، ط (لا يطل) بدل (لا يمنع) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ط (وعند) بدل (وقال) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (يطل) بدل (يمس) والمعنى معهما واحد إذ المراد أنه لا خيار له. انظر لدائع ج ٧ ص ٣٣٦٥، والمبسوط ج ١٢ ص ٧١، والبنية ج ٦ ص ٣١١، وفتح القدير، والنهاية ج ٥ ص ٥٣٧، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٧.

وروي عن أبي حنيفة أنه إذا رأى علق الدابة، أو ساقها أو فخذه أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية، وهي رواية صاحب كتاب لأجاس عن المجرد. وفي رواية المصنف عن أبي حنيفة: يعتبر في الدواب عرف التجار. (فتح القدير ج ٥ ص ٥٣٧).

(٥) في ز، ط (برؤية الوجه) بدل (برؤيته) والأولى أوضح.

(٦) في ش، ز، ق، ط (رؤيتها) بدل (رؤيته) والثانية أنسب للفظ (المؤخر).

(٧) انظر الدائع ج ٦ ص ٣٠٦٢، ٣٠٦٣.

(٨) (هو) سقطت من ش وإثباتها أفضل للإيضاح.

(٩) في ق، ط (الأرض أصل) بدل (الأصل هو الأرض) والمعنى معهما واحد.

١٥٠٩- قال (أبيوسف): إذا باع للؤلؤة في صدف؛ جاز.

وقال محمد: لا يحوز^(١).

له. إنه كالولد في بطن الجارية^(٢).

لأبي يوسف: إنه وعاء له، كالحقفة^(٣)، فيحوز، وله الخيار إذا رآه^(٤).

١٥١٠- ذل (أبيوسف): الاحتكار^(٥) مكروه في كل شيء يتضرر الناس بحسه.

وقال محمد: ذاك^(٦) في الأقوات خاصة^(٧).

له: إن الحاجة اللازمة، الرتبة إلى الأقوات، دون غيرها فلا يكره حسها.

لأبي يوسف: قوله - ﷺ -: «المحتكر ملعون»^(٨) أطلق، ولأنه إنما يكره^(٩) لضرر الناس^(١٠). وهذا في الكل سواء.

(١) انظر البدائع ج ٦ ص ٣٠٦٥، ٣٠٦٦، وتبين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٤٦.

(٢) في ط (جارية) بدل (الجارية) والمعنى معهما واحد.

(٣) الحقفة يضم الحاء وهي من ينحت من الخشب والعاج وغيره. (لسان العرب ج ١٠ ص ٥٦).

(٤) في ق (رأها) بدل (رآه) ولأولى أفضل لدلائنها على اللؤلؤة. وفي ق زيادة (بخلاف الولد في بطن الأم؛ لأنه نبع لها) وهي توضح المعنى ومن حجة أبي يوسف أيضًا أن الصدف لا يتفتح به إلا بالكسرة، فلا يعد ضررًا. (المصادر السابقة).

(٥) الاحتكار هو حبس أقوات الناس والبهايم عن البيع، يترصد الغلاء شهرًا فما زاد، فيما اشترى في مصر، وفيه إضرار بالناس. (الباية ج ٩ ص ٣٤٠).

(٦) في ش، ح، ق، ط، أ (ذلك) بد (ذاك) والمعنى معهما واحد.

(٧) انظر الباية ج ٩ ص ٣٤٤، وفتح القدير ج ٨ ص ٤٩١، وتبين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٦ ص ٢٧.

(٨) رواه ابن ماجه عن عمر بن الخطاب قال: قال - رسول الله ﷺ -: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون». كتاب التجارات، باب الحكرة والجلب ج ٢ ص ٧٢٨، حديث رقم ٢١٥٣، والبيهقي بنفس اللفظ، كتاب البيوع باب ما جاء في الاحتكار ج ٦ ص ٣٠، وقال البيهقي: تفرد به علي بن سالم عن علي بن زيد. قال البخاري: لا يحتج بحديثه... ورواه الحاكم وليس فيه قوله (الجالب مرزوق)، كتاب البيوع باب لا يحتكر إلا حاطي، ج ٢ ص ١١، ولم يتكلم عن حال الحديث.

(٩) في ط زيادة (الاحتكار بالأقوات) وهي توضح المعنى.

(١٠) في ز، ط (لما فيه من الضرر بالناس) بدل (الضرر بالناس) والأولى أكثر وصوحًا من الثانية

١٥١١- قال (أبويوسف): إذا باع عبداً على أنه بريء من شجرة [به]^(١)، فإذا له شجتان فللبائع أن يعين أيهما شاء^(٢) للبراءة. وعند محمد: تعيين ذلك إلى المشتري^(٣). له: إن حق الرد كان له بكل عيب، وإنما يبطل برضاه فله أن يبين^(٤) ما رضي به. لأبي يوسف: إن اشتراط البراءة من جهة البائع، فكان البيان إليه.

(١) في الأصل (بها) وهو وهم من النسخ، و (به) سقطت من أ، وإثباتها أفصل لاكتمال المعنى.

(٢) في ط (أي شجرة شاء) بدل (أيهما شاء) والمعنى معهما واحد.

(٣) انظر لبدائع ج ٧ ص ٣٣٢٨.

(٤) في ق (يغير) وفي ط (يعين) بدل (يبين) والثانية والثالثة تؤيدان إلى المعنى المراد.

باب ماتفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة بقول على حدة

١٥١٢- قال (أبوحنيفة): لا يجوز استقراض الخبز وزنًا، وعددًا^(١).

وقال أبو يوسف: يجوز وزنًا لاعددًا.

وقال محمد: يجوز وزنًا وعددًا^(٢).

له: إن التفاوت بينهما ساقط^(٣) شرعًا للتعامل، وحاجة الناس إليه^(٤).

لأبي يوسف: إن الوزن يوجب التساوي، والعدد^(٥)، لا يوجب التساوي^(٦).

لأبي حنيفة: إن التفاوت في العدد ظاهر من حيث القدر، وفي الوزن تنفاوت^(٧)
الأوصاف. فلا يثبت التساوي، لا وزنًا ولا عددًا، فلا يجوز تحرزًا عن الربا.

١٥١٣- قال (أبوحنيفة): إذا اشترى طعائمًا، فأكل بعضه، ثم اطعم على عيب به؛
لا يرد ما بقي، ولا يرجع بالنقصان في حق ما أكله^(٨).

وعن أبي يوسف: أنه يرجع بنقصان ما أكله، وفي رد النصف الباقي عنه

(١) في ط (ولا عددًا) بدل (وعددًا) والمعنى معهما واحد.

(٢) انظر الباية ج ٦ ص ٥٦٨، ٥٦٩، وفتح القدير، والنهاية، ج ٦ ص ١٧٦، ١٧٧. وتبين
الحقائق، وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٩٥، والمبسوط ج ١٤ ص ٣١.

وأما السلم في الخبز فإن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز، وعلى قول أبي يوسف:
يجوز وزنًا، وهي رواية ابن رستم في نوادره، وفي رواية الكرخي لا يجوز أيضًا عند أبي
يوسف. (انظر المصادر السابقة والبدائع ج ٧ ص ٣١٧١).

(٣) في ط زيادة (للمبرة) ولا أثر لها.

(٤) (إليه) سقطت من ش، والأفضل إثباتها لتتمة المعنى.

(٥) في ش (العدد) بدل (العدد) والثانية أفضل لأن المراد كمية العدد.

(٦) (التساوي) سقطت من ق، ط وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

(٧) في ق زيادة (من حيث الأوصاف) والمعنى واضح بدورها.

(٨) في ش، ز، ط (ما أكل) بدل (ما أكله) والمعنى معهما واحد.

روايتان، في رواية: يرد بغير رضا البائع^(١)، وفي رواية: لا يرد بغير رضاه^(٢)، ويرجع بالنقصان

وعن محمد: أنه يرد الباقي، ويرجع بنقصان ما أكله^(٣).

أصله: لو اشترى طعامًا، وأكله^(٤) كله، ثم علم بعيب، لا يرجع بنقصان العيب [عند أبي حنيفة فكذا في أكل البعض، وعندهما: يرجع بالنقصان]^(٥) في أكل الكل، فكذا في بعضه^(٦).

لهما: إنه تصرف مشروع، فيقرر به ملكه، فلا يمتنع^(٧) الرجوع بالنقصان، كالعتق، بخلاف القتل.

له: إنه إتلاف حقيقة، فكان كتخريق الثوب، بخلاف العتق؛ لأنه ليس بإتلاف، وأما رد ما بقي، فهو كشيتين، هلك أحدهما، على ما نذكر.

١٥١٤- قال (أبو حنيفة): إذا قبض الحنطة المسلم فيها. فوجد بها عيبًا فلم يردّها، حتى حدث بها عيب آخر، فإن قبلها المسلم إليه مع العيب الحادث - عاد المسلم^(٨) لانتقاض القبض، وإن أبى، فله ذلك؛ لحدوث عيب آخر، وليس عليه شيء آخر.

وقال أبو يوسف: إن أبى أن يقبله، رد عليه مثل ما قبض، ويرجع^(٩) بما شرط في السلم.

(١) في ش (للبائع) بدل (البائع) والثانية أفضل لإضافة ما قبلها وهو (رضا) إليها.

(٢) في ز (رضا البائع) بدل (رضاه) والأولى أوضح.

(٣) في ش، ز، ط (أكل) بدل (أكله) وهما بمعنى واحد. انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٠١، ١٠٢، والبنية ج ٤ ص ٣٤٤، ٣٤٥ وفتح القدير ج ٦ ص ١٧.

(٤) في ش، ر، ق، ط (وأكل) بدل (وأكله) والثانية أفضل لتوضيح المعنى معها.

(٥) سقط ما بين القوسين من الأصل، والإثبات أفضل لاكتمال المعنى.

(٦) انظر المصادر السابقة.

(٧) في ط (يمنع) بدل (يمنع) والثانية أنسب للمعنى.

(٨) في ش، ح، ز، ق، ط، أ (السلم) بدل (المسلم) والثانية أفضل؛ لأن المراد أن المسلم يعود عليه بسلمه إن قبلها المسلم إليه. (انظر مختصر الطحاوي ص ٨٨).

(٩) في ق، ط زيادة (عليه) وهي توضح المعنى.

وقال محمد: إن أبي أن يقبله، رد عليه مثل ما قبض، ويرجع^(١) عليه بقدر
النقصان في رأس المال، ذكر الاختلاف^(٢) في مختصر الطحاوي^(٣)
له. إنه منع بعض المبيع، فيرجع عليه ببعض الثمن.

لأبي يوسف: ما ذكر من مذهبه، فيما إذا قبل^(٤) من غريمه دراهم فأنفقها،
ثم علم أنها زيوف^(٥).

لأبي حنيفة: إنه قابض ما في ذمته^(٦) مثلما قبض، ثم بصير ذلك قصاصاً بما
له عليه^(٧)، فلو أخذ للعيب شيئاً آخر، صار رباً؛ لأنه فضل على المقدار.

١٥١٥ قال (أبوحنيفة): البائع إذا وكل غيره بشراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد
الثمن، ينفذ على الموكل صحيحاً.

وقال أبو يوسف: ينفذ على الوكيل.

وقال محمد: ينفذ على الموكل بيعاً فاسداً^(٨).

وأبوحنيفة مر على أصله: أنه يملك التوكيل، فيما لا يملك مباشرته نفسه،
كتوكيل المسلم، الذمي بشراء الخمر^(٩).

(١) في ح، ز، ق، ط، أ (فله أن يرجع) بدل (رد عليه مثل ما قبض ويرجع) والثانية أفضل
لما فيها من زيادة إيضاح.

(٢) في ش، ز، ط زيادة (المسألة والاختلاف) ولا تؤثر في تغير المعنى.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٨٨، ٨٩.

(٤) في ز، ق، ط (قبض) بدل (قبل) والأولى أنسب للمعنى؛ لأن الشائع في الدراهم القص،
لا القبول.

(٥) انظر المسألة ١٤٧٢.

(٦) في ح، ز، ق، ط، أ (إن قابض المسلم يحب في ذمته) بدل (إنه قابض ما في ذمته)
والأولى أفضل؛ لأنها أكمل من الثانية.

(٧) في ز زيادة (بماله ولا تعتبر الجودة؛ لأنها ساقطة العبارة) وهي توضح المعنى أكثر.

(٨) والأصل في هذا إن من باع شيئاً، ثم اشتراه بأقل مما باع، ولم يدفع المشتري ثمن
المبيع، لا يجوز، بالاتفاق بين الثلاثة. انظر مختصر الطحاوي ص ٨٢، البدائع ج ٧ ص
٣١٤٥، والبنية ج ٦ ص ٤١٨، وفتح القدير ج ٦ ص ٦٨، وتبيين الحقائق ج ٤ ص
٥٣، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق ج ٤ ص ٥٤.

(٩) عند أبي حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل الذمي ببيع خمر، أو بشرائها وعندهما لا يجوز (انظر
النهاية ج ٦ ص ٤٢٢، وفتح القدير ج ٦ ص ٧٤، والمسوط ج ١٢ ص ٢١٦، والجامع

وأبو يوسف مر على أصله: أنه^(١) لا يملك ذلك.
 ومحمد يقول: لو اشترى^(٢) الموكل ههنا ينفذ فاسداً، فكذا إذا
 وكل^(٣) به، بخلاف شراء الخمر؛ لأنه لا يملكه^(٤) أصلاً.
 ١٥١٦ قال (أبو حنيفة): إذا اشترى عبدين، فمات أحدهما بعد القبض^(٥) ثم اختلفا
 في ثمنهما؛ لا يتحالفان، والقول قول المشتري^(٦)، إلا إن شاء النافع أن يأخذ
 الحي، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً.
 وقال أبو يوسف: يتحالفان، ويترادان في القائم، والقول قول المشتري مع
 يمينه، في ثمن^(٧) الميت.
 وقال محمد: يتحالفان فيهما^(٨) ويترادان العبد^(٩)، وقيمة [الهالك]^(١٠)،
 والقول في قيمة [الهالك]^(١١)، قول المشتري مع يمينه^(١٢).

الصغير ص ٢٧٢. والمقالة ١٤٣٠.

- (١) في ط (لأنه) بدل (أنه) والثانية أنسب للسياق.
- (٢) في ط (اشترى) بدل (اشترى) والمعنى معهما واحد.
- (٣) في ط (وكله) بدل (وكل) والمعنى معهما واحد.
- (٤) في ط (يملك) بدل (يملكه) والثانية أفضل؛ لأن الضمير فيها يعود على (شراء الخمر).
- (٥) في ز زيادة (ولم ينقد الثمن) ولا فائدة لهذه الزيادة.
- (٦) في ش، ز، ق، زيادة (مع يمينه) وهذه الزيادة تعطي الحكم تفصيلاً أكثر. (انظر المبسوط ج ١٣ ص ٢٩).
- (٧) (ثمن) سقطت من ش. وذكرها أفصل لتمة المعنى.
- (٨) (فيهما) سقطت من ق وذكرها أفضل لزيادة الإيضاح.
- (٩) في ق، ش، ز، ط (العين) بدل (العبد) والثانية أفضل؛ لأن المبيع في هذه المسألة (العبد).
- (١٠) في الأصل (الهالك) والمعنى لا يستقيم بها.
- (١١) انظر الفقرة السابقة.
- (١٢) قوله (القول في قيمة الهالك قول المشتري مع يمينه) سقطت من ش، ح، أ والصواب عدم ذكرها، لأن عند محمد: الهالك لا يمنع التحالف، فكيف يتحالفان، ثم يعود القول في قيمة الهالك للمشتري مع يمينه؟
 انظر الجامع الصغير ص ٢٧٨، ٢٧٩، ونبين الحقائق ج ٤ ص ٢٣٠٨ والباية ج ٧ ص ٤٤٦، وفتح القدير ج ٧ ص ٢٠٣، والمقالة ١٤٩٢.

محمد: مر على أصله، وهو^(١) أن هلاك السلع لا يمنع [التحالف]^(٢) على ماهر^(٣).

وأبويوسف يقول: لو كان الكل قائماً يتحالفان في الكل، ولو كان^(٤) هالِكاً لا يتحالفان في شيء، فإذا هلك النصف، دون النصف يعطى كل نصف حكمه.

وأبوحنيفة يقول: المنكر هو المشتري؛ لأن البائع يدعي عليه زيادة الثمن، فكان القول قوله، إلا أنا عرفنا التحالف حال قيام كل^(٥) السنعة، بالحديث^(٦). فإذا هلك بعضه، نتمسك بالأصل. وعلى هذا: إذا اشترى

(١) (وهو) سقطت من ش، ز، ق، ط، أ ولا يتغير المعنى بسقوطها

(٢) سقط ما بين القوسين من الأصل، ح، أ. وذكرها أفضل لزيادة إيضاح المعنى.

(٣) انظر المسألة ١٤٨٠.

(٤) في ش، ز، ق، ط زيادة (الكل) وهي توضح المعنى أكثر.

(٥) (كل) سقطت من ق، وذكرها أفضل لزيادة الإيضاح.

(٦) يقصد قوله - رحمه الله -: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفاً وتزاداً ذكره في

المسوط ج ١٣ ص ٣١. ورواه الدارقطني عن ابن مسعود أن - رسول الله - ﷺ قال «إذا اختلف المتبايعان في البيع - والسلعة كما هي لم تستهلك - فالقول قول البائع، أو يترادان البيع»، كتاب البيوع، حديث رقم ٦٧، ج ٢ ص ٢٠، وروى بلفظ: «والبيع قائم بعينه» رواه أبوداود، كتاب البيوع، باب إذا اختلف المتبايعان، والبيع قائم بعينه، ج ٣ ص ٢٨٥، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان، حديث رقم ٢١٨٦، ج ٢ ص ٧٣٧. والبيهقي، كتاب البيوع، باب اختلاف المتبايعين، ج ٥ ص ٣٣٣. والدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم ٧٢، ج ٣ ص ٢١. كلهم عن عبد الله بن مسعود مرفوعاً، قال العيني: «هذا الحديث روي عن عبد الله بن مسعود من طرق. وقال المدري - رحمه الله - وروى هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود - وكلها لا تثبت. وقد وقع في بعضها: إذا اختلف البيعان والبيع قائم بعينه، وفي لفظ: والسلعة قائمة - وهو لا يصح، فإنه من رواية ابن أبي ليلى، وفي بعض طرقه انقطاع، وفيه عبد الرحمن بن نيس وهو مجهول الحال، وفي الطرق عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود وهو لم يسمع من أبي، وقيل إنه من قول بعض الرواة. والمجيب من بعض شراح الهداية أنه يقول: «هذا الحديث صحيح مشهور» (البناء ج ٧ ص ٤٣٧). وقال الريلمي: «وقال ابن الجوزي في التحفة أحاديث هذا الباب فيها مقال، فإنها مراسيل وصعاف ..» وقال الريلمي أيضاً «وقال

عبدًا، وقبضه، ثم باع^(١) نصفه، ثم اختلف البائع الأول مع المشتري الأول في ثمنه، عند أبي حنيفة: لا يتحالفان والقول قول المشتري.

وعند أبي يوسف: يتحالفان في النصف الذي بقي على ملكه، إن رضي بائعه، بقبول هذا النصف بعد التحالف.

وعند محمد: يتحالفان في الكل، وإذا حلفا رد^(٢) المشتري على البائع نصف قيمة العبد، ويرد [النصف]^(٣) الباقي على^(٤) [ملكه]^(٥)، إن قلّه البائع مع عيب الشركة، وإن أبي؛ رد^(٦) قيمة هذا النصف أيضًا^(٧).

١٥١٧- قال (أبوحنيفة): الإقالة^(٨) فسخ بالثمن الأول على كل حال، فإنهما لو تبايعا عبدًا بجارية، ثم هلكتا عندهما، فتقايلا؛ صح، والبيع في مثله لا يجوز^(٩). ولاتثبت الريادة والنقصان في الإقالة، ولا خلاف الجنس، ولا الأجل.

صاحب التنقيح' والذي يظهر أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل، بل هو حديث حسن، لكن في لفظه اختلاف . ٤ (نصب الرأية ج ٤ ص ١٠٧).

- (١) في ش (باعه) بدل (باع) والثانية أنسب للسباق.
 - (٢) في ش، ز، ط (يرد) بدل (رد) والمعنى معهما واحد.
 - (٣) في الأصل، أ، ح (نصف) والمعنى لا يستقيم بهذا.
 - (٤) في ط (في) بدل (على) والمعنى معهما واحد.
 - (٥) في الأصل (مالكه) والمعنى لا يستقيم معها، ومعنى هذا أن المشتري الأول يرد على البائع الأول نصف قيمة العبد، وليس ثمنه؛ لأن الثمن مختلف فيه، والنصف الباقي يرد على ملك البائع الأول أيضًا إذا قبله مع عيب الشركة، وإذا لم يقبل رد عليه المشتري الأول قيمة النصف الباقي أيضًا.
 - (٦) في ق زيادة (عليه) وهي توضح المعنى.
 - (٧) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٣٥.
 - (٨) الإقالة في اللغة رفع وإسقاط، وفي الشرع: عبارة عن رفع العقد. قيل إنه مشتق من القول وهمزته للسلب. أي أزال القول السابق - كما في قوله: قسط، وأقسط - أي أزال انحر - وقيل: الإقالة من القول على البطلان.
 - (٩) انظر البناء ج ٦ ص ٤٧٧، أنيس المفهات ص ٢١٢.
- (٩) قوله (فإنهما لو تبايعا ... إلى ... لا يجوز) سقط ممن ش، ز، ح، أ، ق، ط، والإثبات أصل لريادة الإيضاح.

وقال أبو يوسف: هي بيع جديد، فإن كان بعد القبض؛ صحت الزيادة والنقصان، وخلاف الجنس والأجل، وإن كان قبل القبض في^(١) 'عقد' كذلك.

وفي المنقول: عنه روايتان: في رواية: لا يحور، كالبيع، وفي رواية بجوز، ويجعل فسخًا، كما قال أبو حنيفة.

وقال محمد: إن كانت الإقالة بالثمن الأول، فكما قال أبو حنيفة، وإن كانت بخلاف جنسه، أو بجنسه بأقل أو أكثر^(٢) فكما قال أبو يوسف. فلحاصل: أن^(٣) عنده فسخ إلا إذا تعذر فيجعل بيعًا.

وعند أبي يوسف: إلا^(٤) إذا تعذر فيجعل فسخًا، وعند أبي حنيفة: فسخ بكل حال^(٥).

لمحمد: إنه فسخ حقيقة^(٦)، لكن فيه معنى البيع؛ لأنه تمليك بالمال، فإن أمكن العمل بصيغته^(٧) وإلا يعمل بمعناه.

ولأبي يوسف: إن اعتبار^(٨) المعنى أولى، ومعناه مبادلة المال^(٩). وهو بيع. فإن أمكن العمل به^(١٠)، وإلا نعمل بصورته.

ولأبي حنيفة: إن الإقالة مبنية على الفسخ والإزالة، لغة، يقال في الدعاء:

(١) في ش (في) بدل (في) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ق زيادة (منه) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٣) في ط زيادة (الإقالة) وهي توضيح المعنى.

(٤) في ز، ح، ق، ط، زيادة (بيع إلا) وهي توضيح المعنى وتكملة.

(٥) انظر البناية ج ٦ ص ٤٧٨، وما بعدها. وفتح القدير ج ٦ ص ١١٤، وما بعدها.

وسنن الطحاوي ص ٧٩، ولم يذكر فيه قول محمد.

(٦) في ط (صيغة) بدل (حقيقة) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ق (حقيقة) بدل (بصيغته) والثانية أنسب للمعنى. وفي ق، ش، ز زيادة (يعمل) وفي

توضيح المعنى

(٨) (اعتبار) سقطت من ش وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

(٩) في ش، ح، ز، ق، ط، أ زيادة (بالمال) وهي تكمل المعنى وتوضحه.

(١٠) في ق، ط زيادة (يعمل) وهي توضيح المعنى.

اللهم أقلني عثرتي بمعنى الرفع والإزالة، فلا يحتمل^(١) معنى آخر، فإذا تعذر جعلها^(٢) فسحاً يفسد أصلاً.

١٥١٨- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى من رجل نصيبه من هذه الدار، ولم يعلم بمقداره^(٣) المانع والمشتري، لم يجز عند أبي حنيفة في رواية. وفي رواية أخرى: يجوز، وإن لم يعلم - وهو قول أبي يوسف - وروي عنه رواية ثالثة: أنه يشترط علم^(٤) المشتري - لا غير - وهو قول محمد^(٥) وجه الرواية الأولى: أنه مجهول.

وجه الرواية الثانية: أنه^(٦) جهالة لا تنفي إلى المنازعة إذا^(٧) رضى بذلك. وجه الرواية الثالثة: أن الجهالة^(٨) تنشأ من جهة^(٩) المشتري، وهو الذي يصير له المبيع، فيشترط علمه^(١٠) دون^(١١) غيره^(١٢).

-
- (١) في زيادة (على) ولا فائدة لها.
 - (٢) في ش، ز، ق، ط (جعله) بدل (جعلها) والثانية أفضل؛ لأن الضمير يعود على الإقالة.
 - (٣) في ش، ز، ق (مقداره) بدل (بمقداره) والمعنى واحد.
 - (٤) في ق (على) بدل (علم) والثانية أنسب للمعنى.
 - (٥) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٥٦٩.
 - (٦) في ز، ط (أن هذه) بدل (أنه) وتؤيدان إلى معنى واحد.
 - (٧) في ز، ح، ق، ط، أ (لأنهما) بدل (إذا) والمعنى معهما واحد.
 - (٨) من قوله (لا تنفي إلى المنازعة) ... إلى ... أن الجهالة سقط من ش. وإثباتها أصل لتمة المعنى.
 - (٩) في ق (قبل) بدل (جهة) والمعنى واحد.
 - (١٠) في ط (عليه) بدل (علمه) والثانية أسب للسياق.
 - (١١) في ق زيادة (علم) وهي توضيح المعنى.
 - (١٢) في ش، ز، ق، ط، زيادة (مسألة) لم تذكر في الحصر.

قال: إذا باع داراً على أنها ألف ذراع فوجدها المشتري أنقص، أو أزيد إن لم يذكر لكل ذراع ثمناً على حدة، يأخذها بكل الثمن، وإن سمي لكل ذراع ثمناً على حدة بأن قال: كل ذراع بدرهم في الزيادة، يأخذ الزيادة بقدره إن شاء، وفي القصاص يأخذ القصاص بقدره إن شاء وإن شاء رده، وكذلك إذا اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر، أو تسعة. وكذلك كل ملزوع على هذا، فلو وجده عشرة ونصفاً، أو تسعة ونصفاً لم يذكر في الأصل، وذكر في الوادع اختلافاً بين علمائنا الثلاثة: عند أبي حنيفة - رحمه الله - يأخذ بعشرة لو وجده عشرة ونصفاً. ولو وجده تسعة ونصفاً يأخذ بتسعة. وعندنا

يوسف : يأخذه بأحد عشر إن وجدته عشرة ونصفًا، ولو وجدته تسعة ونصفًا يأخذه بعشرة،
وعند محمد: إن وحده عشرة ونصفًا، يأخذه بعشرة ونصف، وإن وجدته تسعة ونصفًا،
يأخذه بتسعة ونصف.

لمحمد رحمه الله: أنه متى سمي لكل ذراع درهمًا، فقد سمي لكل نصف ذراع نصف
درهم. ولأبي يوسف رحمه الله: أنه لما قيل كل ذراع بدرهم، صار كل ذراع بمنزلة ثوب
على حدة، ولو اشترى ثيابًا فوجد واحدًا منها أزيد أو أنقص لا يجب للزيادة والنقصان
شيء، فكذا هذا.

لأبي حنيفة رحمه الله: إن زيادة الذراع تابعة للثوب؛ لأنها توجب وصف الطول لما
عرف، إلا أنه يصير أصلًا إذا قابله بثمن على حدة. وهذا ذكر لكل ذراع ثمنًا، لا لصحة
بقي ثمنًا. والله أعلم. (انظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٦، والبيان ج ٦ ص ٢٣٦،
والبدائع ج ٦ ص ٣٠٤٨).

باب ما قاله زفر خلافا لعلماثنا الثلاثة

١٥١٩- قال (زفر): إذا أسلم في الجوز والبيض^(١) عدداً؛ لايجوز.
وعندنا: يجوز^(٢).

له: إنها تفاوت في الصغير والكبير^(٣) فلا يرتفع التفاوت إلا بالوزن.
لنا: إنه عددي متقارب، لا تجري فيه المنازعة، ولهذا يضمن بمثله عند
الإتلاف، فيجوز السلم فيه.

١٥٢٠- قال (زفر): إذا أسلم بشرط الخيار؛ لايجوز؛ لأنه يمنع وجود قبض^(٤)
المستحق، فلو أسقط^(٥) من له الخيار قبل أن يفترقا ورأس المال قائم^(٦)؛
عاد إلى الجواز عندنا.
وعد زفر، لايعود^(٧) وهو قول الشافعي.

وعلى هذا: إذا باع إلى أجل مجهول، ثم أسقط الأجل قبل حلوله.
وعلى هذا: إذا باع بشرط الخيار أبداً، ثم أسقط قبل مضي ثلاثة أيام^(٨).

-
- (١) في ق (في البيض والحوز) بدل (في الحوز والبيض) والمعنى واحد.
(٢) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٢٦، والبنية ج ٦ ص ٦١٢، وفتح القدير ج ٦ ص ٢٠٨.
وتبين الحقائق ج ٤ ص ١١١، والجامع الصغير ص ٢٦٦.
(٣) في ق، ط، أ (الصغر والكبر) بدل (الصغير والكبير). والأولى أنسب للمعنى.
(٤) في ش، ز، ح، ق، ط (القبض) بدل (قبض) والثانية أنسب للسياق.
(٥) في ش، ط (أسقطه) بدل (أسقط) والأولى أفضل؛ لأن الضمير فيها يعود على الخيار.
(٦) قوله (رأس المال قائم) سقط من ز، ق، ح، ط، أ وذكرها أفصل لاكتمال أجزاء
الحكم.
(٧) في ز (لايجوز) بدل (لايعود) والثانية أفضل لموافقة ما قبلها وهو (عاد إلى الجواز).
(٨) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٠٩٣، والمبسوط ج ١٢ ص ١٤٣، والبنية ج ٦ ص ١٣٩،
وفتح القدير ج ٦ ص ٢٢٨، والمسألة (١٥٥٦).

له: إن البيع وقع فاسداً، فلا ينقلب^(١) جائزاً، كما إذا باع وشرط فيه الحمر^(٢).

لنا: إنه سقط المفسد قبل تقررهِ، فجعل كأن لم يكن، دل عليه أن في الأجل لصحيح، والخيار الصحيح إذا سقط بعد مضي بعض المدة؛ جعل كأن^(٣) لم يكن إلى^(٤) هذا الوقت^(٥)، ويتم البيع، فكذا ههنا^(٦).

١٥٢١- قال (زفر): إذا حل^(٧) السلم، والمسلم فيه موجود، فلم يقبض^(٨) حتى انقطع؛ بنفسه السلم - وهو روايته^(٩) عن أبي حنيفة.

وفي ظاهر الرواية عندنا: له الخيار، إن شاء تربص حتى يعود، وإن شاء نسخ، وأخذ رأس مال^(١٠).

له: إنه صار كالسلم في^(١١) المنقطع، فينتقض.

لنا: إن [هذا]^(١٢) تغير في المعقود عليه بعد صحة العقد فيوجب التخيير دون الفسخ، كالإباق وغيره.

(١) في ق زيادة (إلى) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٢) في ز، ح، ق، ط، أ زيادة (فاسقطه) وهي تكمل المعنى.

(٣) في ش، ز (كانه) بدل (كأن) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ش (إلا) بدل (إلى) وتؤيدان إلى المعنى المراد. وفي ز، ق، ط زيادة (إلا إلى) وهي زيادة تعطي المعنى وضوحاً أكثر.

(٥) في ط زيادة (وثبت المطالبة) وهي توضح المعنى.

(٦) في ش، ز، ق، ط (كذا هذا) بدل (فكذا هنا) والمعنى واحد.

(٧) في ح (أجل) بدل (حل) والثانية أنسب للمعنى، وفي ش، ز، زيادة (الأجل في) وهي في زيادة (أجل) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٨) في ز، ق، ط (يقبضه) بدل (يقبض) والأولى أفضل لاشتغالها على الضمير العائد على المسلم فيه.

(٩) في ح، (رواية) بدل (روايته) والأولى أفضل؛ لأن هذه الرواية ليست رواية زمر، وإنما رواية الكرخي. (انظر البناية ج ٦ ص ٦١٩، وفتح القدير ج ٦ ص ٢١٤).

(١٠) في ش (المال) بدل (ماله) والمعنى معهما واحد. انظر لمبسوط ج ١٢ ص ١٣٥. ونبيس الحقائق ج ٤ ص ١١٣. وانظر الناية ج ٦ ص ٦١٩، وفتح القدير ج ٦ ص ٢١٤.

(١١) (في) سقطت من ش وذكرها أفضل لاستقامة المعنى.

(١٢) في الأصل (هذه) وهو خطأ في النحو، لدالتها على مذكر.

١٥٢٢- قال (زفر): إذا وجد بعض رأس المال^(١) زبوقاً، بعدما افترقا فرده - وهو قليل - انتقض السلم بقدره.

وبين أصحابنا الثلاثة خلاف من وجه آخر، ذكرناه في باب أبي حنيفة^(٢).
له: إن القبض انتقض من الأصل، وجعل كأن لم يكن، [فصار كالرصاص]^(٣).

وجوابه ما مر في باب أبي حنيفة.

١٥٢٣- قال (زفر): إذا تقايلا السلم، ثم أخذ مكان رأس ماله مالا آخر - جاز. وعندنا: لا يجوز^(٤).

له: إنه متى انتقض السلم، صار رأس المال ديناً مطلقاً، فيجوز الاستبدال به.
لنا: قوله - ﷺ -: «لا تأخذ إلا سلمك، أو رأس مالك»^(٥)، معناه: إلا سلمك حال قيامه، أو رأس مالك حال فسخه؛ لأنه لا يأخذه^(٦) حال قيامه.

١٥٢٤- قال (زفر): الرهن برأس المال^(٧)، لا يجوز. وعندنا: يجوز^(٨).

(١) في ش، ز، ق، ط (مال السلم) بدل (المال) والأولى أفضل لوضوح المعنى معها.

(٢) انظر البدائع ج ٧ ص ٣١٩٢، والمسألة ج ١٤٢٣.

(٣) في زيادة (ودليل الانتقاص من الأصل أن من استعجل الدين المؤجل، ثم رده بالريافة، عاد الأجل، ولو كان به كفيل ورهن، عادت الكفالة والرهن) وهذه الزيادة توصل المراد أكثر. وما بين القوسين سقط من الأصل، ح.

(٤) نظر الجامع الصغير ص ٢٦٨، والبنية ج ٦ ص ٦٤٤-٦٤٢، وفتح القدير، والمباية، والكفاية ج ٦ ص ٢٣٠-٢٣٢. وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١١٩، والبدائع ج ٧ ص ٣١٥٣.

(٥) سبق تخريجه في المسألة ٣٥٦.

(٦) في ق (لا يأخذ) بدل (لا يأخذه) والثاني أفضل لمناسبة المعنى المراد.

(٧) في ش، ز، ق، ط (مال السلم) بدل (المال) والأولى أفضل لما فيها من إيضاح، وإزالة الإبهام.

(٨) عند الحنفية لا بأس بأخذ الكفيل والرهن في السلم، ولزفر في هذا روايتان. أما أخذ الكفيل والرهن برأس مال السلم فإنه أيضاً جائز عند الثلاثة. وعد زفر لا يجوز، وذلك لأن الكفيل والرهن مما يتأخر قبضه، وقبض رأس المال مستحق في المجلس، فأخذ الكفيل والرهن لا يفيد حجة الثلاثة: أن رأس المال دين واجب على رب السلم، والرهن للاستيفاء.

له: إن الرهن استيفاء للدين عندنا، فيصير مستبدلاً برأس المال، فلا يحوز.
لنا: إن الرهن استيفاء عين الدين، لا لبدله؛ لأن الدين يصير فيه^(١)
لما عرف.

١٥٢٥- قال (زفر): السلم بلفظ^(٢) البيع، لا يصح - وهو قول عيسى بن إبان^(٣).
وعندنا: (٤) يصح^(٥).

له: إنه عقد خاص، اختص^(٦) بالسلم، فغيره، لا يكون سلماً.
لنا: إنهما متحدان معنى؛ لأن كل واحد منهما، تملك مال مال فكان
السلم بيعة حقيقة.

١٥٢٦- قال (زفر): إذا اختلف العاقدان في السلم في قدر الأجل؛ تحالفا.
وعندنا: القول قول المنكر للزيادة^(٧).

له: إن زيادة الأجل توجب نقصان المالية، والقيمة، فصار كاختلافهما في
قدره.

ورأس مال السلم دين يستوفى، فإن هلك الرهن في المجلس وفي قيمته وفاء رأس المال؛
صار مستوفياً به رأس المال، فإن افتراقاً قبل هلاك الرهن؛ بطل السلم؛ لأن الاستيفاء لا يتم
إلا بهلاك الرهن، والافتراق قبل تمام القبض يبطل العقد. (انظر المبسوط ج ١٢ ص
١٥١، والبدائع ج ٧ ص ٣١٥٤، والبنية ج ٩ ص ٦٩٣، وما بعدها، والمباية على
هاشم فتح القدير ج ٩ ص ٨٧. وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٧٢).

(١) في ق، ز، ط زيادة (فإذا هلك هلك بما فيه) وهذه الريادة توضح المعنى.
(٢) في ز، ق (بلفظه) بدل (بلفظ) والمعنى معهما واحد.
(٣) هو عيسى بن إبان بن صدقة القاضي - أبو موسى - تتلمذ على محمد بن الحسن، له كتاب
الحج، توفي سنة ٢٢١ هـ. (أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص ١٤١، والمرائد البهية
ص ١٥١).

(٤) في ش (عندهما) بدل (عندنا) والثانية أفضل؛ لأن القول هما للثلاثة.
(٥) انظر البدائع ج ٧ ص ٣١٤٧، والباية ج ٦ ص ٦٠٩. حاشية ابن عاتدين ج ٥ ص ٢٠٩.
وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١١٠، وأما في رواية كتاب المجرد فإن عند الحنفية لا يعمد
السلم بلفظ البيع. (المصدر السابق).

(٦) في ق، ط (باسم السلم) بدل (بالسلم) والمعنى معهما واحد.
(٧) في ش، ز، ط (منكر الزيادة) بدل (المنكر للزيادة) والمعنى واحد. انظر تبيين الحقائق ج
٤ ص ٣٠٦، ٣٠٧، والمبسوط ج ١٢ ص ١٥٧، وليس فيه إشارة إلى قول زفر.

لنا: إن القياس^(١) بأبي جواز التحالف، إلا أنا^(٢) عرفناه بالنصر، فيما إذا اختلفا في المعقود عليه، وبدله^(٣)، والأجل ليس [كذلك]^(٤).

١٥٢٧- قال (زفر): إذا باع زيتًا بالزيتون، والزيت الذي في الزيتون أكثر^(٥)، أو مثله؛ لا يجوز؛ لأن بعض الزيت والتفل^(٦) ربا. فإن كان أقل، يجوز بالإجماع، والفضل بالتفل، فإن لم يعلم ذلك؛ جاز عد زفر. وعندنا لا يجوز^(٧).

وعلى هذا: بيع^(٨) السيف المحلى بالفضة، بفضة خالصة هي على هذه^(٩) الوجوه الأربعة.

له: إن الأصل في العقد هو الجواز، فلا يفسد بالشك أو الاحتمال.

لنا: إن جهة^(١٠) الفساد غالب؛ لأنه يفسد من وجهين ويصح من وجه واحد.

١٥٢٨- قال (زفر): ليس للوكيل بالشراء حبس المشتري عن الموكل لاستيفاء الثمن، ولو هلك عنده ضمن^(١١).

(١) والقياس هو كون القول قول المنكر. (هامش نسخة ح، والورقة ١٥٠).

(٢) (إلا أنا) سقطت من ش، ق. الأولى ذكرها لتمة المعنى.

(٣) في ز، ش، ق، ط (أو بدله) بدل (وبدله) والأولى أفضل؛ لأنه لا يجتمع المعقود عليه وبدله معًا.

(٤) سقط ما بين القوسين من الأصل، وذكرها أفضل لاكتمال المعنى.

(٥) في ط زيادة (من الزيت الممصل) وهي زيادة توضح المعنى.

(٦) في ش (البقل) بدل (التفل) والثانية أنسب للمعنى. والتفل هو خث الشيء وكراهته، (معجم مقاييس اللغة ج ١ ص ٣٤٩) وفي ح، ز، ق، أ، ق (أو التفل) بدل (التفل) والأولى أفضل؛ لأنها فرقته بين أن يكون مثله، أو أكثر، فإن كان أكثر فبعض الزيت ربا مع التفل، وإن كان مثله فالتفل فقط ربا.

(٧) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٧٩، والبدائع ج ٧ ص ٣١٢٤. والبنية ج ٦ ص ٥٦٢. وتبين الحقائق ج ٤ ص ٩٦.

(٨) (بيع) سقطت من ط. وذكرها أفضل لاكتمال المراد.

(٩) (هذه) سقطت من ق، ط، وذكرها أفضل لإيضاح المعنى.

(١٠) في ش (إن وجه) بدل (إن جهة) والمعنى معهما واحد.

(١١) في ش، ز (بضمن) بدل (ضمن) والمعنى واحد معهما.

وعندنا: له ذلك^(١).

له: إنه أمين، وليس للأمين حبس الأمانة.

لنا: إنه بمنزلة البائع من موكله، وللبيع حق الحبس^(٢)، فكذا هذا.

١٥٢٩- قال (زفر): إذا اشترى عبدين بألف درهم، ولم يبيع حصّة كل واحد منهما، ثم ظهر أن أحدهما مدبر، أو مكاتب، أو أم ولد، لا يجوز في الفن. وعندنا: يجوز^(٣).

له: إن قبول العقد [في]^(٤) الذي^(٥) لا يجوز جعل شرطًا في بيع الفن، فلا يجوز كما لو كان أحدهما حرًا.

لنا: إن هذا فساد^(٦) ليس بمتيقن^(٧)؛ لأنه مختلف فيه، وقد ذكرناه في باب أبي حنيفة^(٨).

١٥٣٠- قال (زفر): إذا باع^(٩) بثمن معلوم، على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما؛ لا يجوز. وعندنا: يجوز^(١٠).

له: إنه بيع شرطت فيه إقالة فاسدة، ولو شرطت فيه إقالة جائزة^(١١)، لا

(١) انظر المسألة (١٥٠٠).

(٢) في ق (حبس) بدل (الحبس) والثانية أفضل لاستقامة المعنى.

(٣) انظر المسوط ج ١٣ ص ٤، وفتح القدير ج ٦ ص ٨٩، والعناية على هامش فتح القدير ج ٦ ص ٨٩، والبنية ج ٦ ص ٤٤١، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٦٠.

(٤) سقط ما بين القوسين من الأصل، أ، والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٥) في أ (الدين) بدل (الذي) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) في ز، ق، ط (الفساد) بدل (فساد) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ش (بمستيقن) بدل (بمتيقن) والمعنى واحد.

(٨) انظر المسألة (١٤٢٤) وفي ط زيادة (ومحمد) وهي زيادة صحيحة إذ أن المسألة أيضًا مرت في باب أبي حنيفة ومحمد (المسألة ١٤٩٣).

(٩) في ز، ق، ط زيادة (شيئًا) وهي توضيح المعنى.

(١٠) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٠٨٦. والمسوط ج ١٣ ص ١٧، والبنية ج ٦ ص ٢٦٣، والعناية على هامش فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٣، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٥.

(١١) في ش، ز، ق، ط (صحيحة) بدل (جائزة) والمعنى معهما واحد.

يجوز، فهذا أولى.

لنا: إن هذا في^(١) معنى البيع، بشرط الخيار^(٢) إلا أنه جعل عدم القدر في الثلاث^(٣) علمًا على الفسخ، والتقدم علمًا على الإجازة، وذلك جائز.

١٥٣١- قال (زفر): إذا اشترى ثوبًا مطويًا، ولم ينشره، فله الخيار ما لم ينشره، ويرى كله.

وهكذا: لا خيار له إلا إذا كان ذا علم^(٤) فلا بد من رؤيته^(٥).

له: إنه ليس بمثلّي، فلا يعرف كله برؤية بعضه.

لنا: إنه لا يتفاوت أطرافه ظاهرًا، فبرؤية^(٦) البعض يعرف الباقي، كما في الكلّي، والوزني، وإلا أن يكون في طيه شيء مقصود، كالعلم وغيره.

١٥٣٢- قال (زفر): إذا اشترى دارًا، فرأى خارجها، فله خيار الرؤية، ما لم ير داخلها^(٧). وقال أصحابنا في كتاب القسمة: إذ رأى خارجها فهو رؤية، والأصح أن هذا في دورهم، فأنها تعرف برؤية الخارج. أما في دورنا فكما^(٨) قال زفر^(٩).

١٥٣٣- قال (زفر): إذا اشترى عبيدين، فوجد بأحدهما عيبًا قبل القبض؛ رده^(١٠) بحصته من الثمن.

(١) (في) سقطت من ش، ق، وذكرها أنفل لاستقامة العبارة.

(٢) في ز، ق زيادة (ثلاثة أيام) ولا أثر لها.

(٣) في ش (ثلاثة أيام) بدل (الثلاث) والمعنى معهما واحد.

(٤) قال في البدائع: «ولو رأى كله إلا علمه فله الخيار؛ لأن العلم في الثوب المعلم، كالقش في المَنَش». ج ٧ ص ٣٣٦٥.

(٥) انظر تبين الحقائق، وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٢٦، ٢٧. وفتح القدير ج ٥ ص ٥٢٧، والمبسوط ج ١٣ ص ٧٢، ٧٣، وليس فيه إشارة إلى خلاف زفر.

(٦) في ق، ط (فروية) بدل (فبرؤية) والثانية أنسب لاستقامة المعنى.

(٧) في ز زيادة (كلها) وهي زيادة توضح المعنى المراد.

(٨) في ط (كما) بدل (فكما) والثانية أنسب لوقوع الغاء في جواب أما التفصيلية.

(٩) انظر المبسوط ج ٣ ص ٧٦، ٧٧، والباية ج ٦ ص ٣١٢. وفتح القدير ج ٥ ص ٥٣٨، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٦٥. وتبين الحقائق ج ٤ ص ٢٧.

(١٠) في ط (فرده) وفي ق (يرد) بدل (رده) والثانية والثالثة يستقيم المعنى معهما.

وعندنا: يردهما، أو يمسكهما^(١).

له: لو^(٢) وجد به عيبًا بعد القبض يرد^(٣) خاصة، فكذلك قبل القبض، لأن حق الرد لا يختلف.

لنا: إن الصفقة قبل القبض غير تامة، بدليل أنه يملك الرد بالعيب بغير قضاء، فكان رد أحدهما تتميم العقد^(٤) في أحدهما دون الآخر بغير رضا صاحبه؛ فلا يجوز، كما لو باعه^(٥) شئيين فقبل أحدهما، بخلاف ما بعد القبض؛ لأن العقد قد تم، ولهذا لا يملك الرد بغير قضاء^(٦).

١٥٣٤- قال (زفر): إذا اشترى شيئًا بثمن معلوم، وقبضه، فتعيب عنده، لا يصنع أحد، ليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ذلك^(٧). ولو باعه، فللمشتري^(٨) الخيار^(٩) فإن هلك أو استهلك؛ بطل خياره. وعندنا: له ذلك^(١٠).

(١) ذكر في المبسوط وفي الباية، وفتح القدير: أن زفر لا يجيز رد أحدهما لاقبل النص، ولا بعده، ولذلك قال الشلبي في حاشيته على تبين الحقائق ج ٤ ص ٤١: «لم يقل أحد إن الإمام زفر رحمه الله - يجيز رد أحدهما قبل القبض، ويمنه بعد القبض، وإنما اختلفت الرواية عنه ففي المبسوط أن زفر لا يجيز رد أحدهما لاقبل القبض، ولا بعده، وعليه مشي في الهداية، وهذا الشارح أيضًا في أول كلامه آتفًا، وفي مختلف الرواية أن زفر يجيز رد أحدهما قبل القبض وبعده، وعليه مشي في المنظومة، ومجمع البحرين، حيث لا إشكال لاحتمال أن يكون عنه روايتان».

انظر المبسوط ج ١٣ ص ٧٥، والبنابة ج ٦ ص ٣٥٩، وفتح القدير والعتاية ج ٦ ص ٣٠، وتبين الحقائق، وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٤١.

(٢) (لو) سقطت من ق، والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٣) في ش (يرد) بدل (يرده) والثانية أنسب لوجود الضمير الدال على العبد المردود.

(٤) في ط (تتميمًا للعقد) بدل (تتميم العقد) والمعنى صحيح مع أي منهما.

(٥) في ق (باع) بدل (باعه) والثانية أبلغ في أداء المعنى.

(٦) في ط زيادة (ورضاء) والأفضل أن تكون هذه الزيادة (أو رضاء)؛ لأن النسخ عادة إما أن

يكون بالتراضي بين البائع والمشتري، أو يكون عن طريق القاضي

(٧) (ذلك) سقطت من ش، وإثباتها يوضح المعنى أكثر.

(٨) في زيادة (فيه) ولا أثر لها.

(٩) في ط (فالمشتري بالخيار) بدل (فالمشتري الخيار) والمعنى واحد

(١٠) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٧٩، والبنابة ج ٦ ص ٥٠٢، وفتح القدير ج ٦ ص ١٣١.

له: إن هذا نقصان ظاهر، فصار كالنقصان بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي.

لنا: إنه لم يمنع شيئاً من المبيع، فلا يمنع عنه شيئاً من ثمنه، وهذا لأن الجزء الفائت لا يخصه شيء من الثمن مالم يصر مقصوداً بالتنازل، ولم يوجد.

١٥٣٥- قال (زفر): إذا باع بشرط البراءة من كل عيب، جاز البيع وبطل الشرط وعندنا: جاز البيع والشرط^(١).

له: إن سلامة المبيع ليس حكم العقد، بل حكمه ثبوت الملك في المبيع على أي وصف^(٢) كان، إلا أن^(٣) السلامة مقتضى الشرط؛ لأن المشتري يطلب السلامة^(٤)، فإذا شرط البراءة، فقد ترك شرط^(٥) السلامة، فكان مقرراً قضية العقد، فلا يفسد العقد، إلا أن^(٦) الشرط لا يعتبر في ذاته؛ لأن العيوب مجهولة، حتى لو كان معلوماً^(٧)؛ يصح.

لنا: إنه شرط يقرر مقتضى العقد، وهو تسليم المبيع، كما هو غير مشروط بالسلامة، فيصح العقد والشرط، كما لو شرط أن يملكه أبداً.

١٥٣٦- قال (زفر): إذا اشترى عيئاً، وباع بعضها، أو وقفها، أو تصدق بها^(٨)

وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٧٨، وقال في حاشية الشلبي: وقال الفقيه أبو الليث: وقول زفر أجود ثم قال: وبه نأخذ (المصدر السابق). وانظر البدائع ج ٧ ص ٣٢٠٠.

(١) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٩١، والبدائع ج ٧ ص ٣٠٨٠، والبنية ج ٦ ص ٣٦٩، والعناية على هامش فتح القدير ج ٦ ص ٣٩. وانظر المسألة (١٥٦٤).

(٢) في ش، ز، ق، ط (صفة) بدل (وصف) والثانية أنسب للسياق بعدها.

(٣) في ش، ز، ق، ط (إنما) بدل (إلا أن) والمعنى معها واحد.

(٤) في ر (سلامة المبيع) وفي ق (السلامة في المبيع) وفي ط (التسليم) بدل (السلامة) والأولى والثانية أفضل لوضوح المعنى معها.

(٥) في ط (شرط ترك) بدل (ترك شرط) والثانية أفضل لاستقامة المعنى بها.

(٦) في ز زيادة (هذه) ولا مائدة لها.

(٧) في ز (كانت معلومة) بدل (كان معلوماً) والأولى أنسب للسياق.

(٨) في ش، ح، ز، ق، ط (باع بعضها، أو وهبها، أو تصدق به) بدل (باع بعضها، أو وقفها).

روى عن محمد، وزفر، وهو قول ابن أبي ليلى^(١): إنه يرجع بنقصان العيب في الباقي - إن^(٢) وجد به عيباً - ولا يرد^(٣)، لحدوث عيب الشئ وعندنا: لا يرجع بالنقصان، لا في المزال، ولا في الباقي^(٤).

له: إنه لو زال كله^(٥)، لم يرجع، ولو بقي كله؛ لم^(٦) يرجع، فإذا^(٧) زال بعضه، وبقي بعضه، يُعطى كل بعض حكمه.

لنا: إن امتناع الرد في الباقي ثبت بفعله، وهو إزالة العض عن ملكه فصار كما لو^(٨) باع كله.

١٥٣٧- قال (زفر): إذا باع شيئاً بدراهم، ثم اشتراه سدنانير أقل قيمة منها^(٩) قبل نقد الثمن؛ جاز، وهو القياس. وعندنا: لا يجوز - وهو الاستحسان^(١٠).

له: إن امتناع جواز شراء ما باع، بأقل مما باع؛ لمكان الربا، والربا لا يجري بين الذهب والفضة.

-
- أو تصدق بها). والثانية أفضل؛ لأن الضمان تعود على العين، والعين لفظ مؤنث.
- (١) (وهو قول ابن أبي ليلى) سقط من ش، ز، ق، ح، ط. والإثبات أفضل لمعرفة قول ابن أبي ليلى في هذه المسألة (انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ١٧، ١٨)
- (٢) في ش، ز، ق، ط (إذا) بدل (إن) والمعنى معهما واحد.
- (٣) في ق زيادة (الباقي) وهو توصل المعنى.
- (٤) انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٠١، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٥٧، ٣٣٥٨. وقال في البدائع: «وعند زفر يرد الباقي، ويرجع بنقصان العيب إلا إذا رضي البائع أن يأخذ الباقي بحمت من الثمن» (المصدر السابق).
- (٥) في ح، أ (ملكه) بدل (كله) والثانية أنسب للمعنى.
- (٦) (لم) سقطت من ط والصحيح إثباتها، حتى لا يختل المعنى.
- (٧) في ط (فإن) بدل (فإذا)، والمعنى معهما واحد.
- (٨) في ش، ز، ق، ط (كأنه) بدل (كما لو) والمعنى معهما واحد.
- (٩) في ط (قيمتها أقل منها) بدل (أقل قيمة منها) والمعنى واحد.
- (١٠) في ش، ز، ق، ط (استحساناً) بدل (وهو الاستحسان) والمعنى معهما واحد. (انظر البدائع ج ٧ ص ٣١٤٣. والبنية ج ٦ ص ٤١٥ وفتح القدير والعناية ج ٦ ص ٦٩، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥٥).

لنا: إنهما جنس واحد في كونهما ثمن^(١) الأشياء، فظهر قصد الاستفضال.
والربا من وجه، فلا يجوز.
١٥٣٨- قال (زفر): إذا زنت جارية، فعلى المولى الاستبراء.
وعندنا: لا يجب الاستبراء^(٢).
له: إن فيه سقي^(٣) مائه زرع غيره، وهو^(٤) منهي بالحديث^(٥).
لنا: إن سبب الاستبراء استحداث ملك الوطء بملك اليمين ولم يوجد،
وهذا^(٦) ما لا يجب صيانتها، فلا يجب الاستبراء لأجله.
١٥٣٩- قال (زفر): إذا اشترى جارية ارتفع حيضها، لا بإيأس^(٧)؛ يستبرئها ستين
عنه. وقد مر في باب محمد^(٨).
١٥٤٠- قال (زفر): إذا سلم^(٩) الثمن، وقبض المبيع، ثم وجد البائع الثمن^(١٠) كله
زيوفاً، فرده، فله أن يسترد المبيع، ويحبسه بالثمن.
وعندنا: ليس له ذلك^(١١).
له: إنه لم يستوف حقه، ولهذا يردّه، فلا يجب^(١٢) تسلم المبيع فكان له

-
- (١) في ش، ق، ط (قيم) بدل (ثمن) والمعنى معهما واحد.
(٢) انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٥٢، والبدائع ج ٧ ص ٣٢٦٩، والأصل ج ٥ ص ٢٥٧،
والبناية ج ٩ ص ٣٠٥، وقد محمد: «أحب إليّ ألا يطأها حتى يستبرئها، ويعلم فراغ
رحمها» البدائع ج ٧ ص ٣٢٦٩.
(٣) في ز (إنه سقي) بدل (إنه فيه سقي) والمعنى واحد.
(٤) في ش، ز، ط (وإنه) بدل (وهو) والمعنى واحد.
(٥) أي قوله - ﷺ -: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر يسقي مائه زرع غيره». رواه
أبوداود، كتاب الكناج، باب وطء السبايا، حديث رقم ٢١٥٨، ج ٢ ص ٢٤٨.
(٦) في ش، ز، ق، ط زيادة (ولأن هذا) والمعنى واضح بدونها.
(٧) في ق (بالإيأس) بدل (بإيأس) والمعنى معهما واحد.
(٨) انظر المسألة (١٤٨٤).
(٩) في ش (أسلم) بدل (سلم) والثانية أوفق للمعنى.
(١٠) (الثمن) سقطت من ش، ز، ق، ط، وذكرها أصل لثمة المعنى.
(١١) انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٩٣، والبدائع ج ٧ ص ٣٢٦٦.
(١٢) في ط زيادة (عليه) وهي توضيح المعنى.

نقضه^(١).

لنا: إنه استوفى أصل حقه، ولهذا لو تجوز بها^(٢) يجوز إلا أنه برده^(٣) بحكم العيب، وكان تسليمه صحيحًا، فلا يكون له حق [النقض]^(٤) لكن يثبت له^(٥) المطالبة بالمشروط، كالبائع إذا أعار المبيع من المشتري قبل نقد الثمن.

١٥٤١- قال (زفر): إذا اشترى عدل بر يعبد على أنه بالخيار في عدل البر ثلاثًا، له الخيار في العدل، دون العبد. فإن أعتقه الآخر، يجوز. وعندنا: له الخيار فيهما، ولا يجوز عتقه^(٦).

له: إنه قصر الخيار على أحدهما؛ فيقتصر حكمه عليه.

لنا: إنه مشتري^(٧) العدل بالعبد، فكان العبد ثمنًا، وخيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه.

١٥٤٢- قال (زفر): إذا اشترى ذمي من ذمي^(٨) خمرًا، ثم أسلم قبل القبض^(٩)، ثم تخللت^(١٠) الخمر، قبل أن يُنقضَ بنقض البيع؛ فلا بيع بينهما. وعندنا: يبقى البيع، وله الخيار^(١١).

(١) في ط (أن ينقضه) بدل (نقضه) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ح (لو تجوزها) بدل (لو تجوز بها) والثانية أسب للمعنى المراد.

(٣) في ش (برده) بدل (يرده) والمعنى معهما واحد.

(٤) في الأصل (النقض) وهو وهم من الناس.

(٥) في ط زيادة (حق) وهي توضح المعنى.

(٦) في ز (لا يجوز وله الخيار فيهما) بدل (له الخيار فيهما، ولا يجوز عتقه) والمعنى معهما واحد. وعبرة (ولا يجوز عتقه) سقطت من ش، ح، ق، أ وإثباتها يوضح المعنى أكثر.

(٧) في ز (اشترى) بدل (مشتري) والمعنى معهما واحد.

(٨) (من ذمي) سقطت من ق، والمعنى لا يكتمل بدونها.

(٩) (قل القبض) سقطت من ق وإثباتها أفضل لتمة المعنى.

(١٠) في ش، ز، ط (تخلل) بدل (تخللت) ويجوز فيها التذكير والتأنيث.

(١١) وأما إذا لم تخلل لخمير، وكان إسلام أحدهما قل القبض فلا بيع بينهما في الاستحسان، وفي القياس يبقى البيع بينهما صحيحًا؛ لأن المشتري ملك الخمر بنفس المقد، والإسلام لا يفسد من قبضها، وإذا كان بعد القبض مضى البيع؛ لأن الملك قد ثبت على الكمال.

له: إن البيع فسد بإسلامه، فكيف يعود إلى الجواز ١؟
لنا: إن البيع وقع صحيحًا، إلا أنه اعترض عليه المفسد، وبالتحليل
ارتفع^(١) قبل تقررهِ، فصار كزوال جهالة الأجل - على مامر - إلا أنه يتعير،
للتغيير^(٢).
١٥٤٣- قال (زفر): إذا اشترى ثوبًا على أنه هروي^(٣)، فإذا هو بلخي^(٤)، يحور
البيع، وله الخيار.
وعندنا: لا بيع بينهما^(٥)، والحاصل أن عنده: هذا اختلاف وصف. وعندنا
اختلاف جنس، لتفاوتهما في الانتفاع والاستعمال.
١٥٤٤- قال (زفر): إذا باع دارًا بطرقها، لا يجوز.
وعندنا: يجوز^(٦).
له: إنه يعم طرق^(٧) العامة، فلا يجوز.
لنا: إنه انصرف^(٨) إلى طرقها الخاصة، بدلالة الحال.

-
- بالمقد والقبض حالة الكفر، وإنما الذي وجد بعد الإسلام هو دوام الملك. (انظر المبسوط
ج ١٣ ص ٦٧، البدائع ج ٦ ص ٣٠٧).
(١) في ق زيادة (المفسد) وهي توضيح المعنى.
(٢) في ش، ز، ق (للتغيير) بدل (للتغيير) والمعنى معهما واحد.
(٣) هي ثياب مسوية إلى هراة - بفتح الهاء والراء، وهي مدينة من مدن خراسان، وكانت مدينة
عظيمة، فخمة، كثيرة السكان ويقطنها الكثير من العلماء، وبها الكثير من البساتين
والعيون، خربها التار سنة ٦١٨ هـ. (معجم البلدان ج ٥ ص ٣٩٦)
(٤) ثياب منسوبة إلى بلخ بفتح الباء، وسكون اللام، وهي أيضًا من مدن خراسان المشهورة،
فتحت في خلافة عثمان بن عفان - رضي الله عنه - (معجم البلدان ج ١ ص ٤٧٩).
(٥) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٩٩٩.
(٦) انظر البدائع ج ٦ ص ٣٠٥٩، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٩٨ والبنابة ج ٦ ص ٥٧٥.
٥٧٦. وفتح القدير ج ٦ ص ١٨٠.
(٧) في ط (طريق) بدل (طرق) والثانية أفضل! لأن الدار قد لا يكون لها أكثر من طريق.
(٨) في ش، ز، ق، ط (ينصرف) بدل (انصرف) والمعنى معهما واحد.

باب ما قاله الشافعي خلافا لعلمائنا

١٥٤٥- قال (الشافعي): علة الربا في الأشياء الأربعة، وهي الحنطة والشعير، والتمر والملح، المذكورات في حديث الربا - وهي ^(١) - الطعم مع الجنس أيضاً ^(٢) - وعدى هذا الحكم إلى ^(٣) المأكولات والمشروبات، حتى قال بفساد بيع التفاحة بالتفاحتين ^(٤)، ولم يُعد إلى غير المطعومات، حتى جوز بيع قفيز ^(٥) جص بقفيز جص، وغير ذلك. وفي ^(٦) الذهب والفضة له قولان:

في قول ^(٧) غير معللين، والحكم مقصور عليهما، وفي قول: العلل ^(٨) بعلة الثمنية، وقيل: الثمنية المطلقة، حتى لا تتعدى إلى الفلوس، والقطارفة ^(٩). وعندنا: العلة في ذلك كله، القدر مع الجنس، أعنى بالقدر الكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، وعدينا إلى كل مكيل جنس كالجص، والنورة، وغير ذلك. وكل موزون جنس كالحديد والنحاس وغير ^(١٠)

(١) في زيادة (فالعلة هي) وهذا تكرار لا فائدة له. والحديث سبق تخريجه في المسألة (١٤٧٥).

(٢) (أيضاً) سقطت من ح، ق، ط، أ ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٣) في زيادة (كل) وهي تؤكد المعنى.

(٤) في ز، ش، ق، ط زيادة (الحقنة بالحفتين) وهي تضيف معنى جديداً داخل في الحكم.

(٥) القفيز: أربعة مكاييك، والمكوك خمسة عشر رطلاً، والرطل مائة وثمانية وعشرون درهماً. (مفاتيح العلوم ص ٣٠) وعند العراقيين القفيز ثمانية مكاييك. (التعريفات الفقهية ص ٤٣٣).

(٦) في ش، ز، ق، ط زيادة (وله في) وهي توضح المعنى أكثر.

(٧) في ق، ط، أ زيادة (هما) وهي توضح المعنى.

(٨) في ز، ح، أ، ق، ط (معلل) بدل (العلل) والأولى أفضل لاستقامة المعنى.

(٩) في ز، ح، أ (القطارفة) بدل (القطارفة) والصواب الثانية إذ هي دراهم منسوبة إلى غطريف أمير حرامان أيام لرشيد، وكانت من أعز النقود ببخارى. (التعريفات الفقهية ص ٣٠١).

(١٠) في ز، ش، ق (ونحو) بدل (غير) والمعنى معهما واحد.

ذلك^(١)

له: قوله - ﷺ -: «لا تبمعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء»^(٢)، شرط المماثلة، وَعَلَّقَهُ بوصف الطعام، فكان علة؛ ولأن تحريم البيع متفاضلاً بشعر متضيق طريق الوصول إليه، وذلك بشعره بالعزة، والخطر، وكون الشيء مطعوماً، ولَمَّا يوصف^(٣) بالعره لتعلق البقاء به، فأما كونه مكيلاً فلا أثر له في ذلك.

لنا: ما روي أن عامل خير^(٤) أهدى إلى النبي - ﷺ -: «تمرًا جيدًا، فقال - ﷺ -: «من أين لك هذا؟ فكل»^(٥) تمر خبير هكذا؟ فقال: أعطيت صاعين، وأخذت صاعًا فقال: - ﷺ -: «أربيت»^(٦)، هلا بعث تمرًا بسلعة، ثم أبنت بضاعتك^(٧) تمرًا، ثم قال: وكذلك كل ما يكال، أو يوزن»^(٨). بين

(١) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١١٣، ١١٤، والباية ج ٦ ص ٥٣٤، ٥٣٥. وفتح القدير ج ٦ ص ١٥٣، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٨٩، والبدائع ج ٧ ص ٣١٠٦، وما بعدها.

وللشافعية في الأصناف الأربعة قولان: في الجديد - وهو الأصح من المذهب - أن علة التحريم هي الطعام، فيحرم الربا في كل مطعوم، سواء مما يكال أو يوزن، أو غيرهما. والثاني - وهو القديم - لا يحرم إلا في مطعوم يكال أو يوزن. (انظر المجموع ج ٩ ص ٣٩٧ ومعني المحتاج ج ٢ ص ٢٢).

(٢) لم أجده بهذا اللفظ: وروى الإمام مسلم عن معمر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل» كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، حديث رقم ٢٩٣، ج ٣ ص ١٢١٤.

(٣) في ش، ز، ق، ط (يشعر) بدل (يوصف) والمعنى معهما واحد.

(٤) وهو سواد بن غزية - أخا بني عدي - الأنصاري. (الإصابة ج ٢ ص ٩٥).

(٥) في ش، ز، ق، (أفكل) بدل (نكل) وفي رواية البخاري ومسلم (أكل).

(٦) في الأصل (إن ثبت) وهو وهم من الناسخ.

(٧) في ش، ز، ح، ط، ق، أ (بسلعتك) بدل (بضاعتك).

(٨) في ش (ويوزن) بدل (أو يوزن) وليست هكذا في رواية البخاري ومسلم والدارقطني. ولفظ البخاري ومسلم. والدارقطني: «أن رسول الله ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خبير، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله - ﷺ -: «أكل تمر خبير هكذا؟» قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع. فقال رسول الله - ﷺ -: «لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل، أو يبيعوا هذا واشتروا بثمانته من هذا. وكذلك الميزان». عند البخاري، كتاب الاعتصام، باب إذا اجتهد العامل، أو الحاكم فأخطأ، ج ٩ ص ١٣٢،

أن العلة هي الكيل، والورن، ولأن العلة هو^(١) المؤثر، والمؤثر هو الكيل مع الجنس، لأنهما يستويان حقيقة: الكيل قَدْرًا والجس ذاتًا، وإذا نُتِ التساوي يظهر [الفضل]^(٢) وهو حرام؛ لأنه رِبَا، ولأن المفسد للبيع - في الحقيقة - المنازعة، والمنازعة إنما تثبت عند الفضل على المساواة قَدْرًا وجنسًا، فكان مؤثرًا وقد عرف تعامة في المختلف^(٣). وما روى من الحديث. قلنا: الوصف المذكور فيه قبل الحكم إنما يكون علة، إذا كان مؤثرًا، فليَم قلنا: بأنه مؤثر؟ وأما المعنى، قلنا: الأمر على العكس؛ لأن كون الشيء متعلق البقاء يُشجِّرُ بتوسع طريق الوصول إليه - لما عرف - ثم الربا نوعان، أحدهما: حقيقة^(٤)، وقد ذكرنا علته، والثاني: شبهة الربا - وهو الفضل - من حيث التعجيل، بأن يباع أحدهما نقدًا والآخر نسيئة، وهذا يثبت بشبهة العلة، وهو أحد وصفي العلة فيثبت عندنا: بالكيل وحده، وبالوزن وحده.

وعند الشافعي: بالطعم وحده. حتى لو أسلم حنطة في شعير أو سمسم أو أرز، لا يجوز بالإجماع، ولو أسلم حنطة في حص لا يجوز عندنا، خلافًا له، ولو أسلم تفاخا أو سفرجلًا في حنطة، عندنا جاز؛ لعدم الكيل. وعنده: لا يجوز لوجود الطعم. واختلفوا في الوصف الآخر وهو الجنس. فعندنا الجنس^(٥) بانفراده يحرم التَّسَا. وعند الشافعي^(٦): لا يحرم، حتى لو أسلم ثوبًا هرويًا، أو مرويًا في مثله^(٧) لا يجوز عندنا. وعنده: يجوز^(٨).

ومسلم، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، حديث رقم ٩٤، ج ٣ ص ١٢١٥. ولندارقطي، كتاب البيوع ج ٣ ص ١٧.

- (١) في ش، ز، ق، ط، أ (ما هو) بدل (هو) والمعنى معهما واحد.
- (٢) سقطت ما بين القوسين من الأصل، والإثبات يتم المعنى.
- (٣) في ش، ر، ط، ق (في طريقة الخلاف) بدل (في المختلف) والثانية أرفع.
- (٤) في ش، ز، ق، ط زيادة (الربا) وهي توضيح المعنى.
- (٥) (لجنس) سقطت من ز، ح، ق، أ، ط وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.
- (٦) في ش (وعدا) بدل (وعند الشافعي) والصواب الثانية، لأن رأي الثلاثة سبق رأي الشافعي.
- (٧) في ش، ح، ق، ط، ز، أ (هرويًا في هرويًا، أو مرويًا في مروي) بدل (هرويًا أو مرويًا في مثله) والمعنى واحد.
- (٨) انظر لمصادر السابقة.

له: ماروى عن عبدالله بن عمرو بن العاص أن النبي - ﷺ - جهز جيشاً، وأمرني بأن أشتري بعيراً بغيرين إلى أجل^(١)، ولأن الجنس ليس أحد وصفي العلة؛ لأنه ليس بمؤثر، بل هو شرط لما ذكرنا.

لنا: إن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الحيوان^(٢) نسيئة^(٣)، ولأن الجنس ليس أحد وصفي العلة لربا النقد^(٤) فيكفي علة لربا الثمن، كالوصف الآخر. وبيان أنه علة^(٥) مأمور. وما روى من الحديث: قيل إنه كان في دار الحرب، وقيل إنه^(٦) قبل تحريم الربا.

١٥٤٦- قال (الشافعي): إذا باع درهماً وديناراً بدرهمين ودينارين؛ لا يجوز، وهو قول زفر.

وعندنا: يجوز، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس.
ولقب المسألة مد عجوة^(٧).

وعلى هذا: إذا باع قفيز حنطة، وقفيز شعير بقفيزي حنطة، وقفيزي شعير. وعلى هذا: بيع سيف محلى بفضة، بسيف محلى بفضة، ولا يذرى كم حليهما^(٨).

(١) رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة، حديث رقم ٣٣٥٧، ج ٣ ص ٢٥٠، والبيهقي، كتاب البيوع، باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة ج ٥ ص ٢٨٨، والدارقطني كتاب البيوع حديث رقم ٢٦٣، ج ٣ ص ٧٠.

(٢) في ز، ق، زيادة (الحيوان بالحيوان) وهي ترصح المعنى

(٣) رواه أبو داود، حديث رقم ٣٣٥٦، كتاب البيوع باب في الحيوان بالحيوان نسيئة، ج ٣ ص ٢٥٠، ورواه البيهقي كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ج ٥ ص ٢٨٨، والدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٦٧، ج ٣ ص ٧١.

(٤) في ز، ق (علة ربا النقد) بدل (العلة لربا النقد) والمعنى واحد.

(٥) في ز، ط (العلة) بدل (علة) والثانية أنسب للسياق.

(٦) في ق، ط زيادة (كان) ولا تضيف هذه الزيادة شيئاً.

(٧) قوله (ولقب المسألة مد عجوة) سقط من ز، ح، أ، ق، ط والإثبات أفضل للإيضاح، لأن المقصود أنه لو باع مد عجوة ومد زبيب، بمد عجوة ومد زبيب فهو على هذا الحكم. ولذلك سماها في المجموع (قاعدة مد عجوة) ج ١٠ ص ٢٢١.

(٨) في ز، ق (حليتهما) بدل (حليهما) والمعنى معهما واحد. انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٨٩.

له: إن هذه مقابلة^(١) اشتملت على مقابلة الجنس بالجنس وبخلاف الجنس،
وقضيتهما^(٢) انقسام البديل على المبدل على الشيوع فيتحقق في الربا من
حيث أنه مقابلة الجنس بالجنس.

لنا: إن هذه مقابلة مطلقة، فيحتمل أنه^(٣) مقابلة الجنس بالجنس [وبخلاف
الجنس]^(٤) فيحمل على أنه مقابلة الجنس بخلاف الجنس حملاً لأمرهما على
الصحة، والصلاح، وعند ذلك لا يتحقق الربا، لما عرف^(٥).

١٥٤٧- قال (الشافعي): التقابض في بيع الطعام بالطعام عيناً، في المجلس -
شرط.

وعندنا: ليس بشرط^(٦).

له: قوله - ﷺ - في الحديث المعروف: «الحنطة بالحنطة... إلى قوله
... يداً بيد»^(٧)، والمراد منه القبض، كما في الذهب والفضة، ولأنه مال
عين^(٨)، فيشترط فيه^(٩) التقابض في بيعه، كالذهب والفضة^(١٠).

والبدائع ج ٧ ص ٣١٢٤، والبنية ج ٦ ص ٧٠٠، فتح القدير، والعناية ج ٦ ص ٢٦٧،
وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٣٨، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٢٨، والمجموع ج ١٠ ص
٢٢١ وما بعدها.

- (١) (مقابلة) سقطت من ز، وإثباتها أفضل لاستقامة المعنى.
- (٢) في ش (قضيتهما) بدون الواو، وإثبات الواو أفضل لسلامة الأسلوب.
- (٣) (أنه) سقطت من ش، ز، ق، ط ولا يغير المعنى بسقوطها.
- (٤) سقط ما بين القوسين من الأصل وذكرها أفضل لاستقامة المعنى.
- (٥) في ز، ش، ط (وقد عرف تمامه في طريقة لخلاف) بدل (لما عرف) والأولى أنص؛
لأنها توضح مكان ورود الخلاف.
- (٦) انظر البنية ج ٦ ص ٥٤٥، وفتح القدير ج ٦ ص ١٦٠، والعناية على هامش فتح القدير
ج ٦ ص ١٦٠، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٨٩، والمجموع ج ٩ ص ٤٠٥. ومسمى
المحتاج ج ٢ ص ٢٢.
- (٧) سبق تخريجه في المسألة ١٤٧٥.
- (٨) في ط، أ (عزيز) بدل (عين) والثانية أنسب للمعنى.
- (٩) (فيه) سقطت من ق، ط. وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.
- (١٠) قوله (ولأنه مال عين... إلى... كالذهب والفضة) سقط من ش. وإثباتها أفضل لتنمية
المعنى المراد.

لنا: إن القبض لا يقف عليه ركن البيع^(١)، ولا المصلحة المطلوبة من البيع، وهو التمكن من الانتفاع، فلا يقف^(٢) عليه صحة البيع، وقد عرف^(٣) والمراد من الحديث: التعيين، كذا روى عبادة بن الصامت: «هبتا بعين»^(٤).

١٥٤٨- قال (الشافعي): بيع التمر على رءوس النخل بتمر مجذوذ^(٥)، وبيع الزرع المستحصد بالحنطة^(٦)، يجوز خرصاً من غير كيل فيما دون خمسة أوسق^(٧)، ولا يجوز فيما فوقها، وله في الخمسة الأوسق^(٨) قولان. وهندنا: لا يجوز أصلاً^(٩).

له: ما روي عن النبي - ﷺ - أنه رخص في المرايا^(١٠) فيما دون خمسة

-
- (١) في ش، ز، ط (العقد) بدل (البيع) والمعنى معهما واحد.
 - (٢) في ق (يتوقف) بدل (يقف) والمعنى معهما واحد.
 - (٣) في ش، ز، ق (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وفي ق زيادة (وقد عرف تمامه في المختلف) وهي توضيح مكان ورود الخلاف.
 - (٤) رواه مسلم عن عبادة بن الصامت من حديث طويل، كتاب المساقاة، باب الصرف، وبيع الذهب بالورق نقداً، حديث رقم ١٨٠، ج ٣، ص ١٢١٠.
 - (٥) ويسمى بيع المزبنة، وسمى مزبنة من الزين وهو الدفع، وذلك لأنها تؤدي إلى التنازع والتزاع لكونها مبنية على التحقيق، والغبن فيهما كثير. (انظر البناية ج ٦ ص ٣٩١).
 - (٦) ويسمى بيع المحاقلة وهو بيع الحنطة في سنبها سنبطة مثل كيلها خرصاً. (البناية ج ٦ ص ٣٩١).
 - (٧) الأوسق جمع ومعردها وسق - يسكون السين وهو قر بعير، ومقداره ستون صاعاً. (طلبة الطلبة ص ٤٧، مفاتيح العلوم ص ٢٩، معجم مقاييس اللغة ج ٦ ص ١٠٩).
 - (٨) في ز (الأوساق) بدل (الأوسق) والثانية هي الأفضل لأن - المشهور هو استخدامها.
 - (٩) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٩٢، والسناية ج ٦ ص ٣٩٢، وفتح القدير ج ٦ ص ٥٤، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٧، مغني المحتاج ج ٢ ص ٩٣ والأم ج ٣ ص ٥٣، ٥٤.
 - (١٠) العربا جمع عربة وهي النخلة التي أفردتها مالكها للأكل لأنها عريت عن حكم جميع البستان عند الشافعية. (مغني المحتاج ج ٢ ص ٩٣).
- وعند الحنفية: هي النخلة وهب مالكها ثمارها لغيره من المحتاجين ليأكلها. ثم يشتري المصري - وهو الواهب - من المعري له - وهو الموهوب - ما على العربة من الرطب، تحميئاً بقدرة، يأكله أهله وطباً وسميت عربة: لأنه إذا وهب ثمرها فكانه جردها من الثمر، وعراها منه. (البناية ج ٦ ص ٣٩٣، والترغيبات الفقهية ص ٣٧٦).

أوسق^(١). وهو بيع التمر على رؤس النخل^(٢) بتمر كيلاً، كذا فسرهُ أهل اللغة^(٣).

لنا: قوله - ﷺ - «التمر بالتمر مثلاً بمثل»^(٤). وههنا لانعرف المماثلة، وأما الحديث قلنا: العَرِيَّة هي: العطية، وكأن العني يعري الفقير رحلة ليأكل^(٥) من تمرها، ثم يبدو له في أن لا يدخل^(٦) ملكه، فيرضيه بتمر مجذود، كان ذلك كالبيع ظاهراً، فسماه به^(٧) مجازاً، والتقدير بما دون خمسة أوسق؛ لأن الإعراء منهم كان يجري بهذا القدر^(٨).

١٥٤٩- قال (الشافعي): بيع لحم الإبل، بلحم البقر، والغنم متفاضلاً^(٩) أو لبنها بلبنها، لا يجوز نقداً، أو نسيئة^(١٠).
وعندنا: يجوز نقداً، ولا يجوز نسيئة^(١١).

-
- (١) رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه - مرفوعاً. كتاب البيوع باب التمر على رؤس النخل، ج ٣ ص ٩٩. ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر، إلا في العرايا حديث رقم ٧١، ج ٣ ص ١١٧١.
 - (٢) في ق، ش (النخيل) بدل (النخل) واللفظتان جائزتان.
 - (٣) انظر معجم مقاييس اللغة ج ٤ ص ٢٩٨، ولسان العرب ج ١٥ ص ٥٠.
 - (٤) سبق تخريجه، في المسألة (١٤٧٥).
 - (٥) في ز، ق، ط (فيأكل) بدل (ليأكل) والثانية أنسب للمعنى.
 - (٦) في ق زيادة (في) ولا أثر لها.
 - (٧) (ه) سقطت من ش، والمعنى لا يتم بدونها.
 - (٨) في ز زيادة (غالباً) وهي توضح المعنى أكثر.
 - (٩) (متفاضلاً) سقطت من ق، ط والمعنى لا يكتمل بدونها.
 - (١٠) المراد بها التأخير (طلبة الطلبة ص ٢٣٠، وأنيس الفقهاء ص ٢١٥).
 - (١١) انظر البدائع ج ٧ ص ٢١١٩، والبنية ج ٦ ص ٥٦٤، وفتح القديرو الماية بهامش فتح القدير ج ٦ ص ١٧٣، ١٧٤، وتبيين الحقائق وحاشية الشيخ الشلبي ج ٤ ص ٩٤. وأما عند الشافعية فالصحيح من المذهب أنه يجوز بيع لحم البقر بلحم الضأن، ولس البقر بلس الضأن متفاضلاً، لأن اللحوم والألبان فروع لأصول مختلفة الأجاس، وأما القول الثاني: فإنهما جنس واحد لاشتراكهما في الاسم الذي لا يقع التمييز بعده إلا بالإضافة، فأشبهت أنواع التمر. (انظر مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٤، والمجموع ج ١٠ ص ١٥٦).

له: إنه أنواع من جنس واحد، فصار^(١) كأنواع التمر والعنب.
لنا: إن أصولها مختلفة الجنس، فكذا^(٢) فروعها.
١٥٥٠- قال (الشافعي): إذا اشترى حيواناً بلحم خلاف جنسه، لا يجوز إذا كان
مأكول اللحم، وله في غير مأكول اللحم قولان.
وعندنا: يجوز^(٣).
له: ماروي عن النبي - ﷺ -: أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان^(٤).
لنا: إنه باع الشيء بخلاف جنسه، فيجوز. والمراد من الحديث البيع نسيئة.
وكذا رواه الطحاوي - أنه^(٥) نهى عن بيع اللحم بالحيوان نسيئة^(٦).

-
- (١) في ش، ز، ق، ط (فصارت) بدل (فصار) والأولى أفضل لمناسبة قوله (أنواع).
(٢) في ز، ط، (فكذلك) بدل (فكذا) والمعنى واحد.
(٣) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٨١، والبدائع ج ٧ ص ٣١٢١، ومابعدهما. والبناء ج ٦ ص ٥٥٤، وفتح القدير ج ٦ ص ١٦٦، والعناية على هامش فتح القدير ج ٦ ص ١٦٦، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٩١، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق ج ٤ ص ٩١، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٢٩، والمجموع ج ٩ ص ٤٠٤.
وإذا اتفق الجنسان كالشاة لحيه مع لحم اشاة فيجوز محاربة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنه باع الجنس بخلاف الجنس، وأما عند محمد فلا يجوز إلا على اعتبار أن يكون وزن اللحم الخالص أكثر من اللحم الذي في الشاة الحية بالحزر والظن.
فإن كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذي في الشاة الحية، أو أقل أولاً بدري؛ لا يجوز. وأما عند الشافعية فإنه إذا كان لا يجوز بيع اللحم بخلاف جنسه، فمع اتفاق الحس أولى. (انظر المصادر السابقة).
(٤) رواه الدارقطني عن سهل بن سعيد، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٦٥ ج ٣ ص ٧١، وقال الدارقطني: وصوابه في الموطأ عن ابن المسيب مرسلاً، وراه البيهقي عن سمرة بن جندب أن النبي - ﷺ - نهى أن تباع الشاة باللحم، وقال البيهقي: هذا إسناد صحيح. ورواه البيهقي أيضاً عن سعيد بن المسيب مرسلاً، كتاب البيوع باب اللحم بالحيوان، ج ٥ ص ٢٩٦. ورواه البزار عن ابن عمر مرفوعاً (مجمع الزوائد، كتاب البيوع باب بيع اللحم بالحيوان ج ٤ ص ١٠٥). وقال الهيثمي وفيه ثابت بن زهير وهو ضعيف.
(٥) (أنه) سقطت من ش، ز، ط ولا يتمير المعنى بسقوطها.
(٦) الذي رواه الطحاوي أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ورواه عن ابن عباس، وجابر، وابن عمر، وسمرة بن جندب كلها مرفوعة، كتاب البيوع، باب استعراض

١٥٥١- قال (الشافعي): سلم^(١) الحال يجوز.

وعندنا: لا يجوز^(٢).

له: إطلاق قوله - ﷺ -: «ورخص في السلم»^(٣).

لنا. إنه لا يخلو إما أن يكون قادرًا على تسليمه^(٤)، أو عاجزًا، فإن كان قادرًا: لا يجوز السلم فيه؛ لأنه لا ضرورة، والسلم عقد جواز^(٥) لضرورة، وإن لم يكن قادرًا لا يجوز^(٦). ولأنه لا يفيد غرضه^(٧) دل عليه قوله - ﷺ -: «من أسلم منكم، فليسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم»^(٨).

وأما الحديث دليلنا؛ لأنه يقتضي جوازه بطريق الرخصة والضرورة وقد عرف^(٩).

الحيوان ج ٤ ص ٦٠.

(١) في ق، ط، أ (السلم) بدل (سلم) والأولى أنسب للمعنى.

(٢) انظر المسبوط ج ١٢ ص ١٢٥، والبدائع ج ٧ ص ٣١٧٤، والنهاية ج ٦ ص ٦٢٣، وفتح القدير ج ٦ ص ٢١٧، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١١٤، ومغني المحتاج ج ٢ ص ١٠٣، والمهذب وشرحه المجموع ج ١٢ ص ١٢٠.

(٣) قال ابن حجر: لم أره بهذا اللفظ، إلا أن القرطبي في شرح مسلم ذكره أيضًا. (الدراية ج ٢ ص ١٥٩). وقال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ». وقال أيضًا: «ولكن رأيت في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر على هذا الحديث بهذا اللفظ». نصب الرواية ج ٤ ص ٤٥.

(٤) في ش، ق، ط، ز زيادة (في الحال) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٥) في ط (شرح) بدل (جوز) والمعنى معهما واحد.

(٦) من قوله (لا يجوز السلم فيه ... إلى ... قادرًا) سقط من ش وهو وهم من النسخ إذ اشتبه عليه الكلام الأول بالثاني. وفي ز زيادة (السلم فيه أيضًا) وهي توضيح المعنى.

(٧) في ش، ز، ط زيادة (ومقصوده) وهي توضيح المعنى.

(٨) رواه البخاري عن ابن عباس قل: قدم السي - ﷺ - المدينة وهم يسلمون بالتمر الستين، والثلاث فقال: «من أسلف في شيء ففي كيل معلوم. ووزن معلوم إلى أجل معلوم» كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم. ج ٣ ص ١١١.

ومسلم عن ابن عباس بنفس اللفظ، كتاب المساقاة، باب السلم، حديث رقم ١٢٧.

١٢٨، ج ٣ ص ١٢٢٦، ١٢٢٧، كما رواه أصحاب السنن الأربعة.

(٩) في ش، ز، ط زيادة (تمامه في طريقة الخلاف) وهي توضيح مكان ورود هذا الخلاف.

١٥٥٢- قال (الشافعي): السلم في المنقطع يجوز إذا كان يوجد عند التسليم^(١).
وعندنا: لايجوز. وأجمعوا على أنه لايجوز في المنقطع عند الحلول^(٢)
له: ما روينا من الحديث، ولأنه يقدر على تسليمه حال وحب التسليم
فيجوز.

لنا: إن القدرة على التسليم إنما تحصل بالقدرة على الاكتساب في مدة
الأجل، وفي زمان الانقطاع من المدة لا يقدر على الاكتساب فلايجوز، وقد
عرفه^(٣).

١٥٥٣- قال (الشافعي): السلم في الحيوان يجوز.
وعندنا: لايجوز^(٤).

له: ما روينا من الحديث، ولأنه أسلم في معلوم؛ لأنه إذا بين نوعه وحنسه
وسنه^(٥) ووصفه؛ صار معلوماً، كالحنطة، وغيرها.
لنا: إنه أسلم في مجهول جهالة لاتعرف بالوصف؛ لأن الحيوان مختص
بأوصاف، وخصائص تزيد في القيمة، ولا يمكن العبارة عنها. وقد
عرف^(٦).

(١) في ق (إذا كان يوجد عند التسليم بجوز) بدل (يجوز إذا كان يوجد عند التسليم) والمعنى واحد.

(٢) من قوله (وأجمعوا .. إلى ... عند الحلول) سقط من ش، ز، ح، ق، ط، أ. وإثباتها فيه زيادة فائدة. انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٣٤، البدائع ج ٧ ص ٣١٧١، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١١٣، والبنية ج ٦ ص ٦١٧، وفتح القدير ج ٦ ص ٢١٣، والمهذب وشرحه المجموع ج ١٢ ص ١٤٧، ومغني المحتاج ج ٢ ص ١٠٦، والأم ج ٣ ص ١٠٢.

(٣) في ش، ز، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وهي توضح مكان ورود هذا الخلاف.

(٤) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٣١، والبدائع ج ٧ ص ٣١٦٦، والبنية ج ٦ ص ٦١٣، وفتح القدير ج ٦ ص ٢٠٩. وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١١٢ ومغني المحتاج ج ٢ ص ١١٠، والأم ج ٣ ص ١١٨.

(٥) (وسنه) سقطت من ح. وإثباتها هو الصحيح؛ لأن هذه هي شروط جواز السلم في الحيوان وهي أن يبين السن، والصفة والأجل. (الأم ج ٣ ص ١١٨).

(٦) في ش، ز، ق، ط زيادة (تمامه في طريقة الخلاف) وهي زيادة تبين مكان ورود هذا الخلاف. (انظر الورقة ٦٥ من المختلف).

١٥٥٤- قال (الشافعي): من ^(١) اشترى شاة مصراة. (أي مشدودة الضرع ليحتمع لبنها)، فحسب أنها غزيرة اللبن، فحلبها فوجدها قليلة اللبن؛ له أن يردّها. ويرد اللبن إن كان قائماً، وصاعاً من تمر إن كان هالكا. وعندنا. ليس له أن يردّها ^(٢).

له: قوله - ﷺ -: «من اشترى شاة محفلة فله خير النظرين - وفي رواية - فهو بخير ^(٣) النظرين إلى ثلاثة أيام إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها، ورد معها صاعاً من تمر» ^(٤). ولأنه مغرور من جهة البائع.

لنا. إنه مفتر، وليس بمغرور، وما روى من الحديث محمول على أنه بالخيار فيها ^(٥)، فكان له إبطال الخيار في الثلاثة ^(٦) ليجوز ^(٧).

رقوله: إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها، فهذه الزيادة غير ثابتة ولا يجب العمل بها؛ لأنها مخالفة للأصول، وهي تضمين اللبن بالتمر.

١٥٥٥- قال (الشافعي): البيع الفاسد لا يفيد الملك ^(٨) وإن اتصل به القبض. وعندنا: يفيد الملك بعد القبض ^(٩).

(١) في ز (إذا) بدل (من) والمعنى معها واحد.

(٢) قوله (ويرد اللبن ... إلى ... أن يردّها) سقط من ش، وهو وهم من الناسخ إذ اشتهت عليه لفظة (يردّها) الأولى بالثانية. وروى عن أبي يوسف مثل قول الشافعي في قوله الأخير. (انظر مختصر الطحاوي والمبسوط ج ١٣ ص ٢٨، ١٠٣، وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٤، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٦٣، والأم ج ٣ ص ٦٨).

(٣) في ش (بأحد) وفي ط (بآخر) بدل (بخير) والأخيرة هي الواردة في رواية البخاري ومسلم. (٤) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحمل الإبل، والبقر، والغنم، ج ٣ ص ٩٢، ومسلم كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسرمه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية. حديث رقم ١١، ج ٣ ص ١١٥٥.

(٥) في ش، ز، ق، ط زيادة (أبداً) ولا أثر لهذه الزيادة.

(٦) في ش، ز، ق، ط (الثلاث) بدل (الثلاثة) واللفظان جائزان.

(٧) في ز، ق (فيجوز) بدل (ليجوز) والمعنى معها واحد. وفي ط زيادة (العقد) وهي توضيح المعنى.

(٨) في ز زيادة (أصلاً) وفي تؤكد المعنى.

(٩) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٢٢، ٢٣، والبنية ج ٦ ص ٣٧٧، ص ٤٤٥ وفتح القدير ج ٦ ص ٤٥، ٩٢، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٦٢ والمجموع ج ٩ ص ٣٦٤.

له: إنه منهي عنه، فكان حراماً، والحرام لا يصلح سبباً للملك الذي هو
نعمة^(١).

لنا: ^(٢) قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزِّنَا﴾ ^(٣). ولأنه ^(٤) سبب
الصلاح، وبقاء الأنفس، فالنهي ورد من غير تجاوزه، وهو الفساد، وقد
عرف^(٥).

١٥٥٦- قال (الشافعي): إذا باع بضمن مؤجل إلى الحصاد، ونحوه ثم أسقط الأجل،
لا يتقلب جائزاً.

وعندنا: يتقلب^(٦) وقد مر في باب زفر^(٧).

١٥٥٧- قال (الشافعي): إذا اشترى شيئاً لم يره؛ لا يجوز.

وعندنا: يجوز، وله الخيار إذا رآه^(٨).

له: إن المبيع مجهول، ولهذا لا يلزم، وجهالة المبيع تمنع جواز البيع.

لنا: قوله - ﷺ -: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار»^(٩) إذا رآه^(١٠).

(١) سقط ما بين القوسين من الأصل، أ والأفصل الإثبات لزيادة لإيضاح.

(٢) في ح، ز، ق، ط، أ زيادة (إنه بيع حقيقة، والبيع سبب الملك إما لقوله تعالى) وهي
زيادة توضيح المعنى.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٤) في ح، ز، ق، ط، أ (أو لأنه) بدل (ولأنه) وكل لفظه توافق ما جاء في النسخة التي
ورثت منها.

(٥) في ش، ز زيادة ط زيادة (بتمامه في طريقة الخلاف) وهي توضيح مكان ورود هذا
الخلاف.

(٦) في ز زيادة (جائزاً) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٧) انظر المسألة (١٥٢٠)، ومعني المحتاج ج ٢ ص ١٠٥.

(٨) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٧٠، والبنية ج ٦ ص ٣٠٠، وتبيين الحقائق ج ٢ ص ٢٤،
وفتح القدير ج ٥ ص ٥٣٠، ٥٣١.

وأما عند الشافعي فإن في هذه المسألة قولين. في القديم: يصح وفي الجديد: لا
يصح. وصحح النووي وغيره القول الأول وهو صحة هذا البيع. (انظر المجموع ج ٩ ص
٢٧٩، والأم ج ٣ ص ٢٠، ومعني المحتاج ج ٢ ص ١٨).

(٩) في ك (فهو بالخيار) بدل (فله الخيار) والأولى هي الواردة في رواية الدارقطني والبيهقي.

(١٠) رواه الدارقطني عن مكحول، رفع الحديث إلى السبي - ﷺ - وقال: هذا مرسل.

والمعنى^(١): أنه باع مالا مملوكًا، معلوم الأصل، مقدور التسليم، يجوز^(٢)، وجهالة الوصف لا توجب المنازعة؛ لأنه له^(٣) الخيار، إن رضي به يقبله، وإلا يرده. وعلى هذا الخلاف: شراء الأعمى^(٤).
١٥٥٨. قال (الشافعي) إذا اشترى عبدًا، أو جارية بشرط أن يعتقه؛ جار. وعملنا: لا يجوز^(٥).

له^(٦) بيع العبد نسمة جاز^(٧)، وهو بيع بشرط العتق، ولأنه^(٨) شرط يقتضيه البيع؛ لأن البيع يقتضي ملك الإعناق^(٩) وسائر التصرفات. لنا: إنه شرط لا يقتضيه العقد؛ لأن البيع يقتضي ملك العتق لأنفس العتق^(١٠)، وفيه منفعة البائع^(١١) وهو امتناع الرد بالعيب، ومثل هذا الشرط يفسد البيع، وأما بيع النسمة: فهو بيع^(١٢) ممن يعتق، لا بيع بشرط العتق.

وأبو بكر بن مريم ضعيف. رواه الدارقطني عن أبي هريرة مرفوعًا. وفيه الكردي وهو يصع الأحاديث: كتاب البيوع، حديث رقم ٨، ١٠، ج ٣ ص ٥٤، ورواه البيهقي مرسلًا و موصولًا بمثل روايتي الدارقطني كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العبد الغائبة ج ٥ ص ٢٦٨.

- (١) في ق زيادة (فيه) ولا أثر لها.
- (٢) (يجوز) سقطت من ط. وذكرها أفضل لاكتمال المعنى.
- (٣) مي ش، ز، ق، ط (لأن من له) بدل (لأنه له) والمعنى معهما واحد.
- (٤) انظر المجموع ج ٩ ص ٢٩٢، والمبسوط ج ١٣ ص ٧٧.
- (٥) انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٥، والنهاية ج ٦ ص ٤٢٧، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥٧، وفتح القدير ج ٦ ص ٧٩، والبدائع ج ٧ ص ٣٠٧٤. والمجموع ج ٩ ص ٣٥٩، والمسألة (١٤٣٧). وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قول الشافعي (المصادر السابقة).

- (٦) في ق، ط، أ زيادة (إن) ولا يتغير المعنى بها.
- (٧) في ح، ق، أ (جائز) بدل (جاز) والأولى أنسب للسياق.
- (٨) في ز (ولأن هذا) بدل (ولأنه) والمعنى واحد.
- (٩) في ش (لعتق) بدل (الإعناق) والمعنى واحد.
- (١٠) (لا نفس العتق) سقطت من ق. وهو وهم من النسخ حيث اشتبه عليه اللفظ.
- (١١) مي ز، ط (للبائع) بدل (البائع) والمعنى معهما واحد.
- (١٢) مي ق زيادة (العبد) وهي توضيح المعنى.

١٥٥٩- قال (الشافعي): إذا اشترى عبداً على أنه بالخيار^(١)، وقبضه فهلك في الثلاث، فعليه القيمة.

وعندنا: لزوم البيع، ويجب الثمن^(٢).

له: إنه عجز عن الرد قبل تمام^(٣) الملك؛ لأنه لا يمكن تمام الملك بعد الهلاك، فتلزمه القيمة.

لنا: إنه لما أشرف على الهلاك عجز عن رده قبيل الهلاك، فلزم^(٤) البيع.

١٥٦٠- قال (الشافعي): إذا مات من له الخيار في مدة الخيار، يصير^(٥) لورثته.

وعندنا: لزوم البيع، ولا يورث الخيار^(٦).

له: إنه حق من الحقوق [فيجري]^(٧) فيه الإرث، كخيار العيب^(٨).

لنا: إن الغرض من الخيار أن يتأمل من له الخيار، فيرى المصلحة فيعمل بحسب المصلحة، وقد بطلت أهلية التأمل بموته، فيثبت الملك لازماً؛ لأن البيع يقتضي^(٩) ذلك، إلا أن المانع هو الخيار لغرض التأمل، وقد زال المانع، وقد عرف^(١٠).

-
- (١) في ز، ط، ق زيادة (ثلاثة أيام) وهي زيادة تتم المعنى.
- (٢) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٤٤ والبدائع ج ٧ ص ٣٢٣٥، ص ٣٣١٤، والمجموع ج ٩ ص ٢٠٧، وما بعدها، والأم ج ٣ ص ٥.
- (٣) في ش (إنما) بدل (تمام) والثانية أنسب للمعنى.
- (٤) في ز (فيلزم) وفي ق (فيلزمه) بدل (فلزم) والمعنى مع هذه الألفاظ واحد.
- (٥) في ط (بقي) بدل (يصير) والمعنى معهما واحد. وفي ز، ح، أ، ق، ط زيادة (الخيار) وهي توضح المعنى.
- (٦) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٤٢، والبدائع ج ٧ ص ٣٢٠٤، والبنابة ج ٦ ص ٢٨٣، وفتح القدير ج ٥ ص ٥١٤، ٥١٥، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٨، والمجموع ج ٩ ص ١٩٣، وما بعدها. ومعني المحتاج ج ٢ ص ٤٥. والأم ج ٣ ص ٥.
- (٧) سقط من الأصل، وإثباتها أفضل للإيضاح.
- (٨) في ز، ق، ط زيادة (والرؤية) وفيها زيادة تفصيل.
- (٩) في ش (مقتضى) بدل (يقتضي) والثانية أفضل لوضوحها.
- (١٠) (وقد عرف) سقطت من ق. وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح وفي ط زيادة (وقد عرف تمام في طريقة الخلاف) وهي توضح مكان ورود هذا الخلاف.

أما خيار العيب، وخيار الرؤية لا يثبت بطريق الإثبات بل يثبت للوارث ابتداءً؛ لأنه ملك بالإرث عيّنًا سلبيًا، وقد وجد معيّنًا^(١)، وقيل في الرؤية لا يكو للوارث خيار أصلًا بل يلزمه العقد، وهو الصحيح^(٢).

١٥٦١- قال (الشافعي): الزيادة في الثمن [والمثمن]^(٣) حال قيام السلعة^(٤)، لا يجوز. وعندنا: يجوز، ويلحق^(٥) بأصل البيع^(٦).

له: إن المبيع كنه صار ملكًا للمشتري بالثمن، الأول، فلو صارت الزيادة ثمنًا، كأن هذا جعل ملكه عوضًا عن ملكه، وأنه لا يجوز.

لنا: إنهما قصدا جعل هذه^(٧) الزيادة كالوجود عند البيع، أعني أن يجري عليه أحكام الموجود عند البيع، وأنه ممكن في الجملة، كالزيادة المتولدة قل القبض، فيجعل كذلك تصحيحًا لعقدتهما^(٨) وتنفيذًا لتصرفهما^(٩) وقد عرف^(١٠).

١٥٦٢- قال (الشافعي): بيع الدهن النجس، لا يجوز وقد مر في كتاب التحري^(١١).

(١) في ش، ز، ق، ط زيادة (أو ملك شيئًا معيّنًا فلم يرد فكن له الخيار) وهي نوضح المعنى.

(٢) قوله (وقيل في الرؤية ... إلى ... وهو الصحيح) سقط من ش، ز، ق، ط والإثبات أفضل لزيادة تفصيل المعنى.

(٣) سقط ما بين القوسين من الأصل، والصحيح الإثبات لاكمال المعنى.

(٤) في ط (المبيع) بدل (السلعة) ومعناهما واحد.

(٥) في ش، ز، أ، ح، ق، ط (ويلحق) بدل (ويلحق) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ش، ق، ط (العقد) بدل (البيع) والمعنى معهما واحد. انظر البدائع ج ٧ ص ٣١٩٨.

٣١٩٩. والمبسوط ج ١٢ ص ١٥٣، والبنية ج ٦ ص ٦٧٥، وفتح القدير ج ٦ ص ٢٤٩.

وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٨٣، وفتح الوهاب ج ١ ص ١٧٢.

(٧) هذه سقطت من ش، ق، وذكرها أفضل للإيضاح.

(٨) في ز، ح، ق، ط، أ (لقصدهما) بدل (لعقدتهما) والأولى أفضل لموافقتها قوله (قصداً).

(٩) في ح (تنفيذ التصرف فيهما) بدل (تنفيذًا لتصرفهما) والثانية أنسب للمعنى.

(١٠) في ش، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وهي توضح المعنى سكاك ورود هذا الخلاف.

(١١) انظر المبسوط ج ١٠ ص ١٩٨، والمجموع ج ٩ ص ٢٢٣، والمسألة رقم (١٢٩٥) وحواره.

١٥٦٣- قال (الشافعي): إذا تايما بيعًا بآثاء، فلهما الخيار، مالم يتفرقا.
وعندنا. لزم البيع^(١).

له: قوله - ﷺ -: «المتبايعان بالخيار، مالم يتفرقا»^(٢).
لنا: إن تمام البيع بالإيجاب والقبول، وقد وجد فبعد ذلك يكون فسخًا
لعقد قام^(٣) بهما^(٤)، وأنه لا يجوز دون^(٥) التراضي^(٦) وأما الحديث محمول
على ما قبل القبول، يعني^(٧): إن شاء أنا وإن شاء تركا.

١٥٦٤- قال (الشافعي): إذا اشترى بشرط البراءة عن كل عيب، فالبيع فاسد
وعندنا: جائز^(٨).

له: إنه شرط لا يقتضيه البيع؛ لأنه يقتضي حق الرد.

عد الحنفية بشرط بيان العيب.

(١) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٢١١، والبنية ج ٦ ص ٢٠٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٦٤،
وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٣ والمجموع ج ٩ ص ١٦١، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٤٣،
والأم ج ٣ ص ٥.

(٢) رواه البحاري، كتاب البيوع، باب إذا لم يوقف في الخيار هل يجوز البيع؟ (وباب البيع
بالخيار مالم يتفرقا) عن ابن عمر، وعن حكيم بن حزام ج ٣ ص ١٨٤، ومسلم عن ابن
عمر، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، حديث رقم ٤٣، ٤٤، ٤٥.
وعن حكيم بن حزام، باب الصدق في البيع، والبيان، حديث رقم ٤٧، ج ٣ ص
١١٦٣، ١١٦٤.

(٣) في ح، ط (نام) بدل (قام) والثانية أنسب للمعنى.

(٤) في ز، ق (لعقد تام تعلق حق كل واحد منهما به) بدل (لعقد قام بهما) والأولى أكثر
وضوحًا وتفصيلًا من الثانية.

(٥) في ح، ز، ق، ط، أ (بدون) بدل (دون) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ط زيادة (قياسًا على النكاح) وهي توضيح المعنى.

(٧) في ط (معناه) بدل (يعني) والمعنى معهما واحد.

(٨) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٩١، ٩٢، والبدائع ج ٧ ص ٣٠٨٠، والبنية ج ٦ ص ٣٦٩،
٣٧٠، وفتح القدير ج ٦ ص ٣٨، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٣. ومغني المحتاج ج ٢
ص ٥٣، وفتح الوهاب ج ١ ص ١٧١، وأما في الحيوان فإن عند الشافعية الأظهر أنه لو
اشترط البراءة من كل الميوب أنه يبرأ عن كل عيب باطن الحيوان.

وحوايه مامر في باب زفر^(١).

١٥٦٥- قال (الشافعي): وطء الثيب لا يمنع الرد بالعيب - وهو قول زفر -
وعندنا: يمنع إلا برضا البائع^(٢).

له: إن الوطء في الثيب لا يوجب نقصاناً، فلا يمنع الرد^(٣)
كالاستخدام.

لنا: إنه بالوطء استوفى ماءها، وهو جزء^(٤)، فيمنع الرد بالعيب وقد
عرف^(٥).

١٥٦٦- قال (الشافعي): شراء ما باع بأقل مما باع، قبل نقد الثمن من الذي
اشتراه^(٦) جائز.
وعندنا: لا يجوز^(٧).

له: إنه لو اشتراه منه بثوب قيمته أقل مما باعه، يجوز فكذا هذا^(٨). وكذا
لو اشتراه من غير من باعه، يجوز لوجود شرائطه فكذا هذا.

لنا: إنه متى لم ينقد الثمن كان حكم الاصطلاح الأول قائماً وهو
اصطلاحهما، عل أن ماله مقدر بالثمن الأول، فإذا اشترى بأقل منه مع بقاء
ذلك التقدير، فقد اشترى مالاً مقدراً بألف وخمسمائة؛ فيكون رتباً، فلا
يجوز، وقد عرف^(٩).

(١) انظر المسألة (١٥٣٥).

(٢) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٩٥، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٤١، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٦٦،

فتح الوهاب ج ١ ص ١٧٥، والمجموع ج ١١ ص ٣٨٣.

(٣) في ق زيادة (بالعيب) وهي تزيد المعنى وضوحاً.

(٤) في ق، ط زيادة (منها) وفيها زيادة إيضاح.

(٥) في ط زيادة (وتعالمه عرف في المختلف) وهي توصل مكان ورود هذا الخلاف.

(٦) هي ش (اشترى) بدل (اشترى) والثانية أفضل لاشتغالها على الصمير الذي يعود على الجمع.

(٧) انظر البدائع ج ٧ ص ٢١٤٢، والبنابة ج ٦ ص ٤١٥، وفتح المديح ج ٦ ص ٦٧، ٦٨.

وتبين الحقائق ج ٤ ص ٥٥، والمجموع ج ١٠ ص ١٢٤.

(٨) (فكذا هذا) سقطت من ش، ز، ق، ط. ولا يؤثر سقوطها في تعبير المصنف.

(٩) في ط زيادة (تعالمه في طريقة الخلاف) وهذه الرتبة تبين مكان ورود هذا الخلاف.

١٥٦٧- قال (الشافعي): لا يجوز بيع التمر على^(١) الشجر قبل الإدراك.

وعندنا: يجوز إذا صار بحيث ينتفع به^(٢).

له: نهى النبي - ﷺ -: عن بيع التمر على النخيل حتى يزهي^(٣)، وعن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد^(٤).

لنا: إنه مال متقوم، مقدور التسليم، فيجوز بيعه، والحديث^(٥) محمول على البيع بشرط الترك.

١٥٦٨- قال (الشافعي): إذا اشترى عبداً، ولم ينقد الثمن، ولم يقبض العبد حتى مات مفلساً؛ فالبايع أحق ببيعه، وأخذ ثمنه من سائر الغرماء؛ لأنه كالمرهون^(٦) عنده: أما إذا قبضه ثم مات مفلساً فالبايع أحق^(٧) أيضاً عنده.

(١) في زيادة (رأس) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٢) انظر المسرط ج ١٢ ص ١٩٦، والبدائع ج ٧ ص ٣٠٨١، والبنابة ج ٦ ص ٢٤٤، ٢٤٥، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩. حاشية الشلي على تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢.

وأما عند الشافعية فيجوز بيع التمر بعد بدو صلاحه؛ مطلقاً من غير شرط قطع ولا بقية، أو بشرط ذلك. أما قبل بدو الصلاح فلا يجوز إلا بشرط القطع، وأن يكون المنقطع متفعلاً به. (مغني المحتاج ج ٢ ص ٨٨، ٨٩ وفتح الوهاب ج ١ ص ١٨٢).

(٣) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع. عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو. حديث رقم ٥٠، ج ٣ ص ١١٦٥، وأبوداود كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل بدو صلاحها، حديث رقم ٣٣٦٨ ج ٣ ص ٢٥٢، والترمذي كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها حديث رقم ١٢٢٦، ج ٣ ص ٥٢٠.

(٤) رواه أبوداود عن أس، أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد، في الكتاب والباب السابقين، حديث رقم ٣٣٧١، ح ٣ ص ٢٥٣، والترمذي في الكتاب والباب السابقين، حديث رقم ١٢٢٨، ج ٣ ص ٥٢١.

وإسن ما جاء في التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها حديث رقم ٢٢١٧، ج ٢ ص ٧٤٧. وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة.

(٥) في (وأما الحديث) بدل (والحديث) والمعنى واحد.

(٦) في ز زيادة (به) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٧) في ح، في زيادة (بيعه) وفي ط زيادة (به) و الزائدان تؤيدان إلى وضوح المعنى.

وعندنا: هو من جملة الغرماء^(١).

له: إن الثمن أحد البدلين في البيع، فإذا تعذر تسليمه ثبت^(٢) له خيار الفسخ، كما في جانب المبيع إذا أبق، ونحو ذلك^(٣).

لنا: ما روى الجصاص^(٤) بإسناده، عن النبي - ﷺ - أنه قال: «المشتري إذا مات مفلّسًا، فوجد البائع متاعه بعينه فهو أسوة للغرماء»^(٥). ولأن حق البائع انقطع عن المبيع بالمبيع من كل وجه، إلا أنه ثبت له حق يتعلق^(٦) بالمبيع عند إفلاسه، وكما يثبت له هذا الحق^(٧)، فقد ثبت لسائر الغرماء، فلا يختص به وقد عرف^(٨)، بخلاف المرتهن؛ لأن حقه سابق على ذلك.

١٥٦٩- قال (الشافعي): الذمي إذا اشترى عبدًا مسلمًا أو مصحفًا، فهو باطل.

وعندنا: يجوز، ويجبر على البيع^(٩) إذا لم يعتق^(١٠).

له: إن فيه إذلال المسلم من جهة الكافر، وذلك لا يجوز، ولهذا لا يقرر هذا

(١) انظر البناية ج ٩ ص ٢٧٤، وفتح القدير والعناية ج ٨ ص ٢٠٩، ٢١٠، وتيسر الحقائق ج ٥ ص ٢٠١، ٢٠٢ والبدائع ج ٧ ص ٣٢٦٨، والمجموع ج ١٢ ص ٣٠٩، ومغني المحتاج ج ٢ ص ١٥٨.

(٢) في ش، ق (يثبت) بدل (ثبت) والمعنى واحد.

(٣) في ش، ط (ونحوه) بدل (ونحو ذلك) والمعنى معهما واحد.

(٤) في العناية ذكر أنها رواية الخصاص، وليس الجصاص. (العناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٢١٠).

(٥) رواه البيهقي، كتاب التفليس، باب المشتري يموت مفلّسًا بالثمن، ج ٦ ص ٤٧.

(٦) في ش، ق (متعلق) بدل (يتعلق) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ط (حق) بدل (هذا الحق) والمعنى معهما واحد.

(٨) في ط زيادة (بتمامه بطريقة الخلاف) وهي توضح مكان ورود هذا الخلاف. وقوله (وقد عرف) سقط من ز، وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.

(٩) في ش، ز، ق (بيعه) بدل (البيع) والأولى أفضل لما فيها من الضمير الذي يعود على العبد أو المصحف.

(١٠) انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٣١، ١٣٣، والبناية ج ٥ ص ٧٦٨، والبدائع ج ٦ ص ٢٩٨٧، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٦٣، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٨ والمجموع ج ٣ ص ٣٤٧.

الملك، فيفسد البيع^(١)، كما لو شرط فيه بشرط^(٢) آخر^(٣) فاسد.
لنا: إن الكافر، من أهل التملك للمسلم^(٤) بدليل أنه لو كان له عبد كافر، فأسلم، أو ورثه بعد ما أسلم في بدايته الكافر يملكه، وقد وجد التملك، فيثبت الملك، وما ذكر من الدل، قلنا^(٥): الإذلال في الانتفاع، لا في محرد النسبة مع المنع من الانتفاع، ونحن نقول: لا يملك الانتفاع، بل يجبر على بيعه^(٦) وقد عرف^(٧) وعلى هذا الخلاف^(٨): المحرم إذ اشترى صيداً^(٩).
١٥٧٠. قال (الشافعي): زوائد المبيع ليست بمبيعة، ولا قسط لها من الثمن أصلاً. وعندنا: مبيعة، ولها قسط من الثمن عند القبض^(١٠).
له: إن المبيع ما تناوله البيع، والبيع لم يتناول الزيادة؛ لأنها لم تكن^(١١) عند البيع.

لنا: إن المبيع مفعول فعل البيع، كالمقتول مفعول فعل القتل وهو الذي يثبت أثر البيع فيه^(١٢)، وأثر البيع - وهو الملك - يثبت^(١٣) [في الزيادة]^(١٤)

-
- (١) في ق (العقد) بدل (البيع) وتؤيدان إلى معنى واحد.
(٢) في ش، ر، ح، ق، ط، أ (شرطاً) بدل (بشرط) والأولى أفضل لوقوع الشرط مفعولاً للمعل شرط.
(٣) (آخر) سقطت من ش، ولا يتغير المعنى بسقوطها.
(٤) في ش ز، ح، ق، ط، أ (تملك المسلم) بدل (التملك للمسلم) ومعناها واحد.
(٥) (قلنا) سقطت من ش، وذكرها أفضل لاستقامة العبارة.
(٦) في ش، ط (البيع) بدل (بيعه) والثانية أفضل لاشتغالها على الضمير العائد على المبيع.
(٧) في ط (وتمامه عرف في طريقة الخلاف) بدل (وقد عرف) والأولى أفضل؛ لأنها توضح مكان ورود هذا الخلاف.
(٨) (الخلاف) سقطت من ق، وذكرها أفضل لزيادة الإيضاح.
(٩) انظر المبسوط ج ٤ ص ٩٥.
(١٠) انظر الدائع ج ٧ ص ٣٢٧٦، والمبسوط ج ١٣ ص ١٨٧، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٦١، ٦٢، والمجموع ج ٩ ص ٢٠٢ - ٢٠٦.
(١١) في ز، ق، زيادة (موجودة) وفي ك زيادة (موجوداً) والزيادة الأولى أفضل لمساواة التأنيث في لفظ (الزيادة).
(١٢) (فيه) سقطت من ك. وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.
(١٣) في ز (فيثبت) بدل (يثبت) ولا فائدة لوجود الفاء في اللفظة الأولى.
(١٤) في الأصل (والريادة) والمعنى لا يستقيم بها.

بواسطة ثبوته في الأصل . وأما الإضافة فليست بشرط، كما في المحسوس .
فإن من رمى سهمًا إلى شخص، فأنحرف السهم وأصاب غيره، أو أصابه
ونفذ، وأصاب غيره، ومات، كان الثاني مقتولاً فكذا^(١) هذا^(٢) .

وعلى هذا الأصل مسائل منها: إذا اشترى نخلاً بثمان معلوم، فأغلت النخل
تمرًا أكثر من تمر الثمن^(٣) قبل القبض؛ حل^(٤) القبض له عنده؛ [لأنه]^(٥) لا
يقابله الثمن، وعندنا: يتصدق بالفضل تحرزًا عن الربا^(٦) .

ومنها: إذا^(٧) اشترى جارية قيمتها ألف^(٨)، بألف، ثم ازدادت قيمتها قبل
القبض، فقتلها إنسان وضمن قيمتها، واختار المشتري إمضاء البيع، وتصميم
القائل، لا يتصدق بالفضل عنده . وعندنا: يتصدق^(٩) .

ومنها: المبيعة إذا ولدت قبل القبض، ثم قبضها، فالثمن، ينقسم عليهما
عندنا . وإذا وحد بأحدهما عيبًا، يرد، بحصته .
وعنده: لا يرد الولد، ويرد الأم بكل الثمن^(١٠) .

ومنها: أن الزيادة [المنفصلة]^(١١) بعد القبض لا تمنع الرد عنده، فيمسك
الزيادة، ويرد الأصل بكل الثمن . وعندنا: يمنع الرد^(١٢)، لأنه لا يمكن رد

(١) في ش، ز، ق، ط (كذا) بدل (فكذا) والمعنى واحد .

(٢) في ش، ز، ط، زيادة (وقد عرف تمامه طريقة الخلاف) وفي ق زيادة (وقد عرف)
والزيادة الأولى أفضل؛ لأنها توضح مكان ورود هذا الخلاف .

(٣) في ك (ثمن التمر) بدل (تمر الثمن) والثانية أفضل؛ لأن الأكثر تكون بين جس واحد، لا
بين حسين .

(٤) في ق (فإن) بدل (حل) وثانية أفضل؛ لأن المقام مقام بيان الحل من عدمه .

(٥) سقط ما بين القوسين من الأصل، وإثباتها أفضل لاستقامة المعنى .

(٦) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٢٧٨ .

(٧) في ز، ح، ك، ق، ط، أ (إن من) بدل (إذا) والمعنى واحد .

(٨) في ق زيادة (درهم) ولا بأس بهذه الزيادة فهي تميز المعدود .

(٩) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٢٧٨، ٣٢٧٩ .

(١٠) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٢٧٧ .

(١١) سقط ما بين القوسين من الأصل، والمعنى لا يستقيم بدونه .

(١٢) في ق زيادة (بالعيب) وهي توضح المعنى .

الزيادة مع الأصل؛ لأنه لم يرد عليه البيع أصلاً، فلا يرد عليه الفسخ قصداً، ولا يمكن رد الأصل بدون الزيادة لكل الثمن؛ لأنه يؤدي إلى الربا^(١). وقد عرف في طريقة الخلاف^(٢).

(١) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٢٧٩ .

(٢) في ط (المختلف) بدل (طريقة الخلاف) وتؤيدان إلى معنى واحد. وقوله (وقد عرف في طريقة الخلاف) سقطت من ك. و الإثبات أفضل لمعرفة مكان ورود هذا الخلاف.

باب جوابات مالك

١٥٧١- قال (مالك): علة الربا في الأشياء المذكورة في الحديث^(١). الاقتيات، والادحار بشرط المجانسة^(٢). وبيننا وبين الشافعي خلاف من وجه آخر^(٣). له: إن تحريم الربا صيانة^(٤) مصلحة العامة عن الفوات، وذلك فيما يقتات ويدحر.

وجوابه: مامر في باب الشافعي^(٥).

١٥٧٢- قال (مالك): البر والشعير جنس واحد، لا يجوز التفاضل بينهما. وعندنا: ^(٦)جنسان مختلفان^(٧).

(١) وهي الحطة، والشعير والتمر، والملح، والحديث سبق تخريجه في المسألة (١٤٧٥).

(٢) عد المالكية كل مأكول ومشروب ينقسم إلى ثلاثة أنواع:

انواع الأول: ان يقلب عليه الادحار والاقتيات كالحنطة والشعير، والثلث، والذرة، وغيرها من سائر ما يدحر ويتحد قوتاً، فهذا يدخله الربا إذا كان جسماً واحداً من وجهين وهما التفاضل والنسيئة. أما إذا كانا جنسين لم يدخلهما الربا إلا في النسيئة خاصة. والنوع الثاني: أن يقلب عليه الفساد إذا يس مثل الخوخ، والموز، والرمان، فهذا يدخله ربا من ناحية نسيئة، ويجوز بيع بعضه ببعض من جنس واحد متفاضلاً بدءاً بيد، والنوع الثالث: أن يكون مأكولاً، أو مشروباً على تَكَرُّرٍ، وعلى غير شهوة، ولا تلذذ كالدواء فيجوز فيه التفاضل في الجنس الواحد بدءاً بيد، ويجوز النسيئة والتفاضل في الجنسين المختلفين منه. (انظر الكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٦٤٨، وما بعدها وبداية المجتهد ج ٢ ص ١١٣، وشرح الخرشي ج ٥ ص ٥٧، والشرح الصغير ببلعة السالك ج ٢ ص ٢٢، والمبسوط ج ١٢ ص ١١٣).

(٣) في ك، ق، ط زيادة (على مامر) وهذه الزيادة توضح أنه سبق التعرض لمثل هذا الخلاف في هذه المسألة مع الشافعي. انظر المسألة (١٥٤٥).

(٤) في ز، ق، ط (لصيانة) بدل (صيانة) والأولى أفضل لبيان علة التحريم.

(٥) انظر المسألة (١٥٤٥).

(٦) في ك، ط زيادة (هما) وهي توضح المعنى أكثر.

(٧) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٢٢، والبنية ج ٦ ص ٥٣٧، والبدائع ج ٧ ص ٣١١، وبداية

له: إيهما طعام الناس، وهو جنس واحد.

لنا: إيهما يختلفان^(١) جنسًا^(٢) ومعنى، فكانا مختلفين.

١٥٧٣- قال (مالك): ترك قبض رأس مال السلم^(٣) يومًا أو يومين جائز^(٤).

وعندنا: لا يجوز^(٥).

له: إن الشرط هو التعجيل في التسليم، فيمتاز عن مطلق البيع، وبهذا لا يصير آجلًا.

لنا: إنه يصير^(٦) كالثا بكالي^(٧) والنبي - ﷺ - نهى عن ذلك^(٨)، ولأن^(٩)

المجتهد ج ٢ ص ١١٨، وشرح الخرشي ج ٥ ص ٥٧، ٥٨ والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٦٤٨ وبلغه السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٢٣.

(١) في ز، ق (مختلفان) بدل (يختلفان) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ش، ز، ك، ط (اسمًا) بدل (جنسًا) والأفضل أنهما يختلفان (اسمًا وجنسًا).

(٣) في ش، ق (المال) بدل (مال السلم) والثانية أفضل لبيان نوع المال.

(٤) في ق (يجوز) بدل (جائز) والمعنى واحد.

(٥) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٤٤، والبنية ج ٦ ص ٦٣٧، وفتح القدير والعناية ج ٦ ص ٢٢٧، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١١٧.

والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٦٩١، والشرح الصغير وبلغه السالك ج ٣ ص ٨٨، وشرح الخرشي ج ٥ ص ٢٠٢، وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٧٧.

وفي هذا تفصيل: فإن عد المالكية إذا كان التأخير مشروطًا فإنه يجوز اليوم، واليومين، والثلاثة، أما إذا لم يكن مشروطًا فيجوز أكثر من ذلك (المصادر السابقة).

(٦) (يصير) سقطت من ق. وذكرها، أفضل لاستقامة المعنى.

(٧) في ش، ز (كالكالي بالكالي) بدل (كالثا بالكالي) والمعنى معهما واحد. والكالي بالكالي يعني الدين بالدين كما ورد في الرواية.

(٨) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر قل: نهى النبي - ﷺ - أن يباع كالي بكالي. - يعني دينًا بدين، كتاب السور الأفضية، باب من كره آجلًا بأجل، حديث رقم ٢١٦٩. ج ٦ ص ٥٩٨.

ورواه البيهقي عن ابن عمر باللفظ السابق، كتاب السور، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين ج ٥ ص ٢٩٠.

(٩) في ش (لأنه) بدل (ولأن) والثانية أفضل لاشتغالها على حرف المطف حيث عطف علة على علة لتدعيم هذا الرأي.

اللفظ يبيّن عن التسليم^(١) فيشترط وجوده عنده.

١٥٧٤- قال (مالك): لا يجوز في السلم أخذ بعض رأس المال وبعض المسلم فيه. وعندنا: يجوز^(٢).

له: إن العقد واحد، فإذا انتقض في بعضه، انتقض في كله
لنا: إنه إذا انتقض في بعضه جعل كأن العقد كله ورد على الباقي، فيجوز.

١٥٧٥- قال (مالك): يحوز السلم في رهوس الحيوانات، وجلودها عددًا.
وعندنا: لا يجوز إلا أن يباع الرهوس وزنًا، ولا في الجلود^(٣) مسلم يمين طولها وعرضها، وصفتها^(٤).

له: [إنها]^(٥) متقاربة.

لنا: إن فيها تفاوتًا معتبرًا^(٦).

١٥٧٦- قال (مالك): إذا مات من له الخيار قبل الإجازة، أومضت المدة قبل الإجازة؛ انفسح البيع.
وعندنا: يلزم^(٧).

له: إن البيع وجد مع الخيار، وتعذر إيقاؤه^(٨) كذلك؛ فيفسخ.

-
- (١) في ط زيادة (فيه) ولا فائدة لها.
- (٢) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٣٠، والبدائع ج ٧ ص ٣١٨٠. وانظر المدونة ج ٤ ص ٣٨، ٣٩، والقوانين الفقهية ص ١٧٨.
- (٣) هي ش زيادة (عددًا) وهي زيادة توضح المعنى لأن الجلود عادة لاتباع إلا عددًا (انظر البنية ج ٦ ص ٦١٥).
- (٤) انظر المبسوط ج ١٢ ص ١٣١، والبنية ج ٦ ص ٦١٥، وفتح القدير ج ٦ ص ٢١٢ وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١١٢. والقوانين الفقهية ص ١٧٧. والمدونة ج ٤ ص ١٥.
- (٥) في لأصل (إن هذا) ولا تستقيم العبارة بهذا. وفي ح، ق (إنه) بدل (إنها) ولثنية أصل لدلائها على المؤنث.
- (٦) في ش، ق زيادة (فلا يجوز) وهي تزيد المعنى وصورًا.
- (٧) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٤٢، والبنية ج ٦ ص ٢٨١-٢٨٣. وفتح القدير ج ٥ ص ٥١٥، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٠٤، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢١. وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٥، والشرح الصغير وبلغة السالك ج ٢ ص ٤٧، والقوانين الفقهية ص ١٨٠.
- (٨) في ك (إنهاؤه) بدل (إيقاؤه) والثانية أنسب للمعنى.

لنا: إن المانع من لزوم البيع؛ الخيار، وقد بطل الخيار.

١٥٧٧- قال (مالك): إذا اشترى شيئاً، وقبضه، ونعيب عنده بعيب آخر، ثم اطلع على عيب؛ كان له أن يرده، ويغرم للبائع نقصان العيب الحادث^(١) في يده.

وعندنا: يمنع جواز الرد^(٢).

له: إن فيه توفير الحقين جميعاً.

لنا: إنه لا يمكنه رده كما قبض، فيرجع على البائع بقيمة النقصان جبراً لحقه.

١٥٧٨- قال (مالك): بيع المبيع قبل القبض في غير الطعام؛ جائز.

وعندنا: بيع المنقول قبل القبض لا يحوز. وفي العقار خلاف بين أصحابنا على ما مر^(٣).

له: إنه ملكه بنفس العقد، فجاز تصرفه فيه^(٤) بخلاف الطعام؛ لأنه شرط^(٥) فيه بدأ بيد، للحديث^(٦).

(١) في ك زيادة (الذي) والمعنى واضح بدونها.

(٢) في ش (وعندنا: لا يرد، ويرجع بنقصان العيب) وفي ز (وعندنا: ليس له أن يرده ويرجع بالنقصان). وفي ك (وعندنا: لا يرد إلا أن يرضى البائع أن يأخذ المبيع بعينه؛ لأن شرط الرد أن يرد على الوجه الذي أخذه، ولم يوجد، ويرجع بنقصان المبيع). وفي ق، ط (وعندنا: لا يرد إلا إذا رضي البائع أن يأخذ المبيع بعينه، لأن شرط الرد أن يرد على الوجه الذي أخذه، ولم يوجد، ويرجع بنقصان العيب). بدل (يمنع جواز الرد) وما في ك، ق، ط أكثر إيصاحاً وتفصيلاً للمعنى.

انظر المسروط ج ١٣ ص ٩٧، والباية ج ٦ ص ٣٣٦، ٣٣٧، وفتح القدير ج ٦ ص ١١، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٣٤. وانظر الشرح الصغير ويلغة السالك ج ٢ ص ٥٥ وشرح الخرشي ج ٥ ص ١٤٠. وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٥٨. والقوانين الفقهية ص ١٧٦.

(٣) انظر المسروط ج ١٣ ص ٨، والبنابة ج ٦ ص ٥٠٧. وفتح القدير ج ٦ ص ١٣٥، ١٣٦، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٨٠، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٦٦١، وسداه المجتهد ج ٢ ص ١٢٥ وانظر المسألة (١٤٧٦).

(٤) (فيه) سقطت من ك. وثباتها يقوي المعنى.

(٥) في ق (لأن الشرط) بدل (لأنه شرط) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ش، ز، ك، ط، ق (بالحديث) بدل (للحديث). والمعنى معهما واحد. والحديث سبق.

وجوابه مامر في باب محمد^(١).

١٥٧٩- قال (مالك): إذا هلك المبيع قبل القبض، لا يطل البيع^(٢).
وعندنا: يطل^(٣).

له: إنه في ضمان البائع، فيجب عليه ضمانه، ويقوم مقام المبيع^(٤) كما إذا أتلفه غيره.

لنا: إنه لا يملك تضمين البائع؛ لأن اليد^(٥) له فلو وجب عليه الضمان، يجب حقاً له في حق اليد، ففات المبيع لا إلى خلف فلا يبقى البيع
١٥٨٠- قال (مالك): تملك الدين من غير من عليه الدين جائز.
وعندنا: لا يجوز^(٦).

له: إنه مال قابل للتملك؛ فيجوز كما لو ملكه ممن عليه^(٧).
لنا: إنه تملك مالا^(٨) يقدر على تسليمه، فلا يجوز، بخلاف من عليه^(٩)؛
لأنه في قبضه.

١٥٨١- قال (مالك): إذا أراد بيع جاريته وجب^(١٠) أن يسبرئها.

تحريجه في المسألة (١٤٧٥).

(١) في المسألة (١٤٧٦).

(٢) في ش زيادة (وليس للمشتري خيار الفسخ والإمضاء، كما لو أهلكه الأجنبي في يد البائع) وهي زيادة فيها تفصيل للحكم (انظر البدائع ج ٧ ص ٣٢٤٢).

(٣) انظر المبسوط ج ١٣ ص ٤٨، والبنية ج ٦ ص ٢٦٨، وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠٤، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٦، والبدائع ج ٧ ص ٢٢٣٥ والقوانين الفقهية ص ١٦٤. والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٦٧٩.

(٤) في ز، ق زيادة (ويثبت للمشتري خيار الفسخ والإمضاء) وهي زيادة تتم أجزاء الحكم.

(٥) في ش (اليد) بدل (اليد) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) انظر المبسوط ج ١٢ ص ٧٠، والمدونة ج ٤ ص ١٢٩.

(٧) في ز، ك، ق زيادة (الدين) وهي توضيح المعنى.

(٨) في ق (مالك) بدل (مالاً) والثابت أفضل؛ لأنها تفيد الماضي والمستقبل.

(٩) في ق زيادة (الدين) وهي توضيح المعنى.

(١٠) في ق، ط زيادة (عليه) وهي توضيح المعنى.

وعندنا: يستحب^(١)

له: إن احتمال أنها علفت^(٢) من مائة قائم. فيجب صيانه.

لنا: إن ملك البائع، وحقه قائم، فلا يمنع من وطئها، بخلاف المشتري؛
لأنه^(٣) يملك الوطء^(٤)، والشرع لم يشته إلا عند تعرف براءة الرحم، وما
ذكر من الصيانة تحصل باستبراء المشتري.

١٥٨٢- قال (مالك): على الوالي التسعير عام الغلاء.

وعندنا: لا يفعل ذلك^(٥).

له: إن فيه نظرًا للعامة، ودفع ضرر المحتكرين عنهم^(٦).

لنا: قوله - ﷺ - حين قيل له: ألا تُسْعِر يا رسول الله، قال: «المُسْعَرُ هو الله»^(٧).
ولأنه حَجَر على الحر، وحصل على البيع بغير رضا^(٨)، فلا يجوز.

(١) في أ، ش، ز، ح، ق، ط زيادة (له ذلك) وهي توضيح المعنى. انظر المبسوط ج ١٣ ص ١٥١، والبدائع ج ٧ ص ٣٢٦٩، ومختصر الطحاوي ص ٩٠. وحاشية الشلبي على تبين الحقائق ج ٦ ص ٢١. والكافي ج ٢ ص ٦٣٠، والمدونة ج ٣ ص ١٢١، وما بعدها، والشرح الصغير ولفظة السالك ج ١ ص ٤٧١.

(٢) في ط (العلوق) بدل (أنها علفت) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش (لا) وفي ق (لأنه لا) بدل (لأنه) والثانية أنسب للمعنى، إذا المراد أن المشتري لا يملك الوطء إلا بعد الاستبراء.

(٤) في ح، أ، ق، ط، ك زيادة (الآن) وهي تريد المعنى المراد ووضوحًا.

(٥) في ش، ز، ك، ق زيادة (إلا إذا كان أرباب الطعام يتعدون القيمة تعديًا فاحشًا، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والصبر). وهذه الريادة ضرورية لمعرفة رأي الحنفية في هذه المسألة كاملاً. انظر البناية ج ٩ ص ٣٤٨، ٣٥٠، وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٦ ص ٢٨، والبدائع ج ٦ ص ٢٩٧٤، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٤٣٠.

(٦) (عنهم) سقطت من ق. وذكرها أفضل لإيضاح المعنى.

(٧) رواه أبوداود، كتاب البيوع، باب في التسعير، حديث رقم ٣٤٥١، ج ٣ ص ٢٧٢، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير، حديث رقم ١٣١٤، ج ٣ ص ٥٩٦، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب من كره أن يسعر، حديث رقم ٢٢٠٠، ج ٢ ص ٧٤١، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٨) في ك (الرضا) وفي ق، ط (رضاه) بدل (رضا) والمعنى مع هذه الألفاظ واحد.

١٥٨٣- قال (مالك): إذا ظهر في الفاليز^(١) شيء؛ جاز بيعه ويستتبع القائم ما يحدث^(٢).

وعندنا : لا يجوز؛ لأنه بيع المعدوم^(٣).

١٥٨٤- قال (مالك): التأجيل بالقرض لازم.

وعندنا: لا يجوز^(٤).

له. إنه نوع دين؛ فيجوز التأجيل فيه كسائر الديون.

لنا: القرض إعادة، والتأجيل فيها ليس بلازم؛ لأنها تبرع.

(١) الفاليز هو الفلز - بكسر الفاء واللام وتشديد الزاء - وهو خَيْثُ ما أذيب من الذهب والفضة والحديد، وما ينقيه الكير مما يذاب من جواهر الأرض. (لسان العرب ج ٥ ص ٣٩٢)، (ومعجم مقاييس اللغة ج ٤ ص ٤٥١) والمراد به هنا هو تراب المعادن.

(٢) في ز، في، زيادة (منه) وفي ك زيادة (عنه) وفي ط زيادة (بعده) ولا أثر لهذه الزيادات في تغيير المعنى.

(٣) فرق الإمام مالك بين تراب المعادن، وتراب الصاغة، أما تراب المعادن فإنه يجوز إذا كان يداً بيد. وأما تراب الصاغة لا يجوز البيع منه يداً بيد؛ لأنه رماذ لا يذرى ما فيه، فلذلك كرهه، وأما الحنفية فإنهم يحيزون بيع تراب المعادن بشرط أن يخلص منه شيء، وأما إذا لم يخلص منه شيء فالبيع فاسد. (انظر البدائع ج ٧ ص ٣١٣٤. والمبسوط ج ١١ ص ٤٤، ٤٥، والمدونة ج ٦ ص ١٩، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ١٩٣). وفي ز (معدوم) بدل (المعدوم) والمعنى معهما واحد.

(٤) الأفضل أن يقول (ليس بلازم) وهذا أنسب للسياق.

الصحيح عند المالكية أن القرض جائز سواء كان حالاً، أم مؤجلاً بشرط ألا يجر نفعاً، وألا يضم إلى القرض عقد آخر كالبيع وغيره. وكذلك عند الحنفية الأجل لا يلزم بالقرض سواء كان مشروطاً في العقد أم كان متأخراً عنه. (انظر البدائع ج ١٠ ص ٤٩٨٣، والفوائد المغنية ص ١٩٠، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٧٢٧).

كتاب الصرف

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٥٨٥- قال (أبو حنيفة): إذا باع جارية ولها طوق^(١) ذهب؛ بذهب أو نضة إلى أجل؛ فسد في الكل.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يفسد في الجارية^(٢). وقد مر أجنامه في البيع^(٣).

١٥٨٦- قال (أبو حنيفة): إذا استقرض فلوسًا رائجة، ثم كسدت؛ رد عينها إن كانت قائمة، ومثلها إن كانت هالكة.

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه رد قيمتها يوم قبضها^(٤).

لهما: أنه قبض مضمون، والكساد هلاك، فصار مضمونًا بقيمته^(٥).

(١) الطوق هو ما استدار بالشيء، والمراد به هنا الحللي الذي يجعل في العنق، ويستدير بها. (لسان العرب ج ١٠ ص ٢٣١).

(٢) انظر البدائع ج ٧ ص ٢١٣٣، والمسبوط ج ١٣ ص ٤، والبنابة ج ٦ ص ٦٩٧، وفتح القدير، والكفاية ج ٦ ص ٢٦٥ وما بعدها، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٣٧.

(٣) يقصد إذا باع عبدين فإذا أحدهما حر. فإن عند أبي حنيفة البيع يفسد في الكل، وعند أبي يوسف ومحمد يفسد في الحر فقط. وروي أن أبا يوسف رجع عن قوله هذا إلى قول أبي حنيفة. انظر المسائلتين ١٤٢٤، ١٤٩٦ ومسألة بيع السيف المحلى بالفضة، بفصة خالصة. انظر مسألة (١٥٢٧).

(٤) في رد القيمة اختلاف بين أبي يوسف ومحمد: فأبو يوسف يرى أن عليه قيمتها يوم قبضها - كما أورد المصنف - ومحمد يقول: أن عليه قيمتها في آخر يوم كانت فيه رائجة مكسدت.

(انظر المسبوط ج ١٤ ص ٢٩، ٣٠، والبنابة ج ٦ ص ٧١٦، وفتح القدير - والعبادة ج ٦ ص ٢٧٨، ٢٧٩، وتبيين الحقائق، وحاشية الشيخ الشلبي ج ٤ ص ١٤٣).

(٥) في ك، ق، ط (بالقيمة) بدل (بقيمته) والثانية أفضل لاشتغالها على الضمير الذي يعود على القرض.

له . أن القرض عارية، والعارية ترد عينها حقيقة أو معنى، برد مثلها.

١٥٨٧- قال (أبوحنيفة): إذا أخذ دراهم غيره، وخلطها بدراهم نفسه، فعليه ضمانها^(١)، ولا سبيل للمالك على المخلوط.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يشاركه فيها، وإن شاء ضمنه، ولو هلك قل القبض، هلك من مالهما^(٢).

لهما: أن عين حقه قائم حقيقة، إلا أنه تعذر التمييز، فصار كالهلاك^(٣)، فإن شاء مال إلى جهة القيام. وشارك^(٤)، وإن شاء مال إلى جهة الهلاك^(٥).

له: أنه مال^(٦) صار بحال لا يوصل إليه، ولا يمكن التمييز البتة. فصار مالكًا من كل وجه، كالمعين^(٨).

١٥٨٨- قال (أبوحنيفة): الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشتراه، ووجد به عيبًا قبل أن يقبضه، فرضي^(٩) به، قال في السير الكبير: على قياس قول أبي حنيفة، يلزم الأمر سواء كان العيب فاحشًا، أو غير فاحش^(١٠). وقال في الصرف^(١١) - وهو قولهما - في الفاحش يلزم الوكيل، وفي غير الفاحش يلزم الموكل، وهذا استحسان. ولم يذكر القياس. وقيل: القياس أن يلزم

(١) في ش (ضمانه) بدل (ضمانه) والثانية أفضل لدلائها على لفظ مؤنث.

(٢) انظر المبسوط ج ١٤ ص ٥٢.

(٣) في ط (كالهالك) بدل (كالهلاك) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ش، ز، ك، ق، ط (وشاركه) بدل (وشارك) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ش (فإن) بدل (وإن) والثانية أفضل لموافقة أسلوب الشرط.

(٦) في ز، ك، ق زيادة (وصمته) وفي ح زيادة (وضمن) وفي ط (فصمته) والريادة الأولى والثالثة أفضل لزيادة الإيصاح.

(٧) في ز، ك، ق، ط (أنه ماله) بدل (أنه مال) والمعنى معهما واحد.

(٨) في ق زيادة (إذا اخلط) وهي توضح المعنى.

(٩) في ش، ز، ك (ورضي) بدل (فرضي) والمعنى معهما واحد.

(١٠) في ك (سواء كان العيب فاحشًا أو غير فاحش يلزم الأمر) بدل (يلزم الأمر سواء كان العيب فاحشًا، أو غير فاحش) والمعنى واحد.

(١١) أي في كتاب الصرف لمحمد بن الحسن.

المأمور^(١) كيفما كان. وما ذكر في السَّيَر^(٢) فهو قياس^(٣) قول أبي حبيبة في الوكيل بشراء عبد^(٤)، إذا اشترى عبدًا مقطوع اليدين، أو الرجليين ويذكره في كتاب الوكالة^(٥).

١٥٨٩- قال (أبو حنيفة): إذا اشترى إبريق فضة هو^(٦) ألف درهم، بمائة دينار، وتقابضا، ثم وجد به عيبًا، وهو قائم، فله أن يرده، فإن صالحه^(٧) على دينار، وقبضه^(٨)؛ جاز، سواء كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل. وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان الفضل قدر مالا يتغابن الناس فيه، لا يجوز^(٩).

لهما: أن حصّة العيب من الدينار، صار دينًا في الذمة، فإذا صالح على أكثر منه؛ صار كأنه صالح عن عشرة^(١٠) دين [على]^(١١) أحد عشر. له: أنه بدل عن الجزء الغائب، ولا ربا بينهما. أصل المسألة: إذا غصب عدا، فأتلفه، ثم صالحه على أضعافه^(١٢)؛ جاز عده، خلافا لهما. والمعنى ما بينا^(١٣).

(١) في ش، زه، ك، ق، ط (الأمْر) بدل (المأمور) والثانية هي الصواب، لأن في الاستحسان يلزم الموكل وهو الأمر، وفي القياس يلزم الوكيل، وهو المأمور.
(٢) في ق زيادة (الكبير) وهي زيادة مطلوبة لإيضاح السير المقصود، فهناك سير صغير وكبير.
(٣) قياس سقطت من ك. والإثبات أفضل لتمة المعنى.
(٤) في ك، ط زيادة (غير عينه) وهذه الزيادة تنتم المعنى إذ الوكيل بشراء عبد بعينه سبق معرفة الحكم فيه في أول المسألة.
(٥) انظر المسألة (١٨٠٨). وانظر في تخريج المسألة المبسوط ج ١٩ ص ٣٩، ٥٢. والبدائع ج ٧ ص ٣٤٦٨.

(٦) في ش، زه، ك، ق، ط (هي) بدل (هو) والثانية أفضل؛ لأن الضمير يعود على الإبريق وهو مذكور.
(٧) في ق (صالحا) بدل (صالحه) والثانية أنسب للمعنى والسياق.
(٨) في ق، ط (وقبض) بدل (وقبضه) والثانية أفضل لاشتغالها على الضمير الدال على الدينار.
(٩) انظر المبسوط ج ١٤ ص ٧٢، والبنية ج ٧ ص ٦٢٣، وفتح القدير ج ٧ ص ٣٩٠. وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٣٨، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق ج ٥ ص ٣٨.
(١٠) في ق زيادة (دراهم) ولا بأس بهذه الزيادة؛ لأنها تميز العشرة.
(١١) في الأصل (عن) والمعنى لا يستقيم بها.
(١٢) في ك، ق، ط (أضعاف قيمته) بدل (أضعافه) والمعنى معهما واحد.
(١٣) في ط زيادة (فإن صالحه على عشرة دراهم جاز، وإن كان أكثر من قيمة العيب بالإجماع).

١٥٩٠- قال (أبوحنيفة) : إذا باع قلب فضة ورنه عشرة، بعشرة دراهم، وتفاضل، ثم زاد^(١) في الثمن درهمًا؛ جارت الزيادة، وفسد الصرف. وكذا^(٢) لو شرط الخيار، وكذا لو باع عبدًا بألف درهم، ثم زاد^(٣) رطلًا من خمر^(٤).
وقال أبو يوسف ومحمد: لا تحوز هذه^(٥) الزيادات^(٦)، والعقد الأول يبقى على الصحة^(٧).

لهما: إن في تصحيح هذه الزيادة إبطالها^(٨)؛ لأنه يبطل العقد^(٩)، والزيادة جميعًا، فلا يجب تسليمه.

له: أنهما يملكان فسخ العقد، فيملكان تغييره^(١٠) من الصحة إلى الفساد.
١٥٩١- قال (أبوحنيفة) : لو حَطَّ عن^(١١) الثمن درهمًا^(١٢)؛ يصح الحط ويفسد البيع أيضًا.

وقال أبو يوسف: لا يصح^(١٣)، ويصح الصرف الأول.
وقال محمد: يصح الحط، ولا يفسد الصرف، ونذكره في باب^(١٤).

لاختلاف الجنس، والقبض شرط؛ لأنه صرف) وهذه الزيادة فيها تفصيل فقد أضافت حكمًا آخر، فيما إذا تغير النقد. (انظر المبسوط ج ١٤ ص ٧٢).

- (١) في ط (إزداد) بدل (زاد) والثانية أنسب للسباق
- (٢) في ك (وكذلك) بدل (وكذا) والمعنى واحد.
- (٣) في ط (ازداد) بدل (زاد) والثانية أنسب لمسياق.
- (٤) في ح (الخمر) بدل (خمر) والمعنى واحد.
- (٥) (مده) سقطت من ط، وذكرها أفضل لإيضاح المراد.
- (٦) في ش، ز، ك، ق، ط (الزيادة) بدل (الزيادات) والمعنى معهما واحد.
- (٧) انظر المبسوط ج ١٤ ص ٨٢.
- (٨) في ش (إبطاله) بدل (إبطالها) والثانية أفضل لاشتمالها على الضمير المؤنث الدال على الزيادة.
- (٩) في ز، ك، ط، ق زيادة (في المبيع) وهي تفصيل المعنى.
- (١٠) في ش (تغييره) بدل (تغييره) والثانية أنسب للمعنى.
- (١١) في ش، ح، ط (من) بدل (عن) والمعنى معهما واحد. إلا أن الأولى أكثر شيوعًا في الاستعمال.
- (١٢) (درهمًا) سقطت من ك. والإثبات أفضل لاكتمال المعنى.
- (١٣) (الحط) سقطت من ك. والإثبات أفضل لاكتمال المعنى.
- (١٤) انظر المبسوط ج ١٤ ص ٨٢. والمسألة (١٥٩٤).

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١٥٩٢- قال (محمد) ' إذا اشترى سيفاً محلي بفضة، وفضته خمسون^(١)، بمائة درهم، أو عشرة دنانير، ونقد الثمن، ولم يقبض السيف، فلم يفتراً^(٢) حتى أفسد رجل شيئاً من حمائله^(٣)، أو جفنه^(٤)، واختار المشتري تضمين المفسد قيمة ما أفسده، وقبض السيف، ثم افتراً من غير قبض الضمان - جاز؛ لأن الفساد في غير الفضة، فلا يكون الضمان بدل الصرف، فإن أفسد السيف كله، واختار المشتري تضمينه، فإن أفسد السيف كله، واختار المشتري تضمينه، ونقد ثمنه للبائع، ولم يقبض الضمان، حتى فارقهما المفسد - لم يضر بالإجماع؛ لأن الصرف لم يتعلق به. فإن فارق البائع^(٥) المشتري قبل قبض المشتري القيمة من المفسد، انتقض كله عند محمد، لعدم القبض. وهو قول أبي يوسف الأول. وجاز عند أبي يوسف^(٦). روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة كذلك؛ لأن اختياره تضمينه^(٧) كالقبض، ولو استبدل بهذا الضمان، شيئاً آخر قبل قبضه^(٨) حقيقة؛ جاز عندهما، كأنه قبضهما^(٩).

(١) في ك (محلّى فضة خمسون) وفي ط (محلّى فضته خمسون) بدل (محلّى بفضة، وفضته خمسون) والثالثة أفضل؛ لأنها أكمل.

(٢) في ر (يفتراً) بدل (يفتراً) والمعنى معهما واحد.

(٣) الحمائل للسيف جمع ومفردا حماله - بكر الحاء - وهي علاقة السيف، وقد نسمي محمل وهو السير الذي يتقلده المتقيد. (انظر لسان العرب ج ١١ ص ١٧٨).

(٤) جفن السيف: أي غمد السيف. (لسان العرب ج ١٣ ص ٨٩)

(٥) في ك زيادة (عن) ولا فائدة لها.

(٦) في ز، ك زيادة (في قوله الآخر) وفي ق زيادة (آخرًا) والزيادة الأولى ضرورية لرفع اللبس، والإبهام.

(٧) في ز زيادة (صار) ولا أثر لها.

(٨) في ك، ط (القص) بدل (قبضه) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ش، ز، ك، ق، ط (قبضه) بدل (قبضهما) والأولى أنب للسياق.

ثم اشترى به غيره. فمحمد اعتبر الحقيقة، فإن المطالبة ثمة^(١) به قائمة،
والتسليم واجب، ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن تسليم المبيع سقط عن
البائع أصلاً، فخرج المبيع عن ضمانه، ودخل في ضمان المشتري كما لو
أعتق العبد المشتري، بخلاف الحوالة يبدل الصرف، لأن التسليم لم يسقط
عن المحيل أصلاً^(٢)، بل يعود إليه إذا توى على^(٣) المحتال عليه^(٤).

(١) ثمة سقطت من ك، ط. وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.

(٢) (أصلاً) سقطت من ق وذكرها أفضل لتأكيد المعنى.

(٣) مي ش (ص) بدل (على) والثانية أنسب للمعنى. والمراد بقوله (توى) أي ملك.

(٤) انظر المبسوط ج ١٤ ص ٨٠.



باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٥٩٣- قال (أبيوسف): إذا اشترى فاكهة بدائق^(١) فلوس^(٢)، أو قيراط^(٣) فلوس،
لم يجوز عند زفر.

وعندنا: يجوز لما ذكرنا^(٤) في بابه. فإن اشترى بدرهم فلوس، قال هو كذا
في القياس. ولم يذكر أنه يجوز أم لا^(٥).

وعن أبي يوسف: أنه يجوز، وعن محمد أنه لا يجوز^(٦).

له: أنه لا تعارف فيه، بخلاف دائق فلوس.

لأبي يوسف: أنه باع بثمن معلوم، فصار كدائق فلوس^(٧).

(١) الدائق معرب من ذائق، وهو سدس درهم. (لسان العرب ج ١٠ ص ١٠٤، والتعريفات
الفقهية ص ٢٨٨).

(٢) الفلوس - بضم الفاء واللام - جمع مفردها فلس بفتح اللام وسكونها، وهو قطعة مصروية
من النحاس يتعامل الناس بها. (انظر لسان العرب ج ٦ ص ١٦٤، والتعريفات الفقهية ص
٤١٦)

(٣) القيراط هو مقدار خمس شعيرات، أو نصف دائق. (لسان العرب ج ٧ ص ٣٧٥،
والتعريفات الفقهية ص ٤٣٨).

(٤) في ش، ز، ك، ق (نذكره) وفي ط (نذكر) بدل (ذكرنا)، والأولى والثانية أفضل لدلائلها
على المستقبل؛ لأن باب زفر لم يأت بعد.

(٥) في ش، ز، ق، ط (أولاً) بدل (أم لا) والمعنى واحد.

(٦) انظر البسوط ج ١٤ ص ٢٦، والباية ج ٦ ص ٧١٨، ٧١٩ وتبيين الحقائق ج ٤ ص
١٤٤.

(٧) (فلوس) سقطت من ش. وذكرها أفضل لاكتمال المعنى.

باب ما تفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١٥٩٤- قال (أبوحنيفة): إذا باع قلب فضة وزنه عشرة، بعشرة دراهم^(١)، وتفاض، وصح الصرف، ثم حطا عن الثمن درهماً؛ صح الحط، ويصير البيع بتسعة، فيفسد^(٢).

وقال أبو يوسف: لا يصح الحط^(٣).

وقال محمد: صح الحط ولا يفسد الصرف^(٤).

له: أنه لا يمكن تصحيح هذا الحط على وجه يلتحق^(٥) بأصل العقد؛ لأنه^(٦) يفسد العقد^(٧) فيجعل هبة مبتدأ^(٨) كحط كل الثمن، وحجتهما مامر في جانب الزيادة في هذه المسألة، في باب أبي حنيفة^(٩).

(١) (دراهم) سقطت من ك، ق، ط وذكرها أفضل لتمييز العشرة.

(٢) في ق زيادة (البيع) وهي توضيح المعنى.

(٣) في ك زيادة (ويصح الصرف) وهي زيادة تكمل المعنى.

(٤) انظر المبسوط ج ١٤ ص ٨٢، والمألة (١٥٩١).

(٥) في ش (يلحق) بدل (يلتحق) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ق زيادة (لا) وهذه الزيادة تخل بالمعنى المطلوب.

(٧) (العقد) سقطت من ش، أ. وذكرها أفضل لزيادة الإيضاح.

(٨) في ش، ز، ك، ط (مبتدأ) بدل (مبتدأ) والأولى أفضل لدالتها على مؤنث وهو الهبة.

ولمطه (متدا) سقطت من ق. وذكرها أفضل لاكتمال المعنى

(٩) المألة (١٥٩١).

باب ما قاله زفر

١٥٩٥- قال (زفر): الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في عقود المعاوضة^(١)، وفسوخها - وهو قول الشافعي - حتى لو تصارفا، وعَيَّنَّا الدراهم، ثم أرادا أن يسلما غير ذلك؛ ليس لهما ذلك. ولو ملك أحدهما قبل القبض ينتقض الصرف. وعندنا: لا تتعين، وإن عينت^(٢).

له: أنه^(٣) أحد البدلين، فيتعين بالتعيين، كالبديل الآخر، وهو السلعة، والفقه فيه أنا إنما أثبتنا^(٤) حكم العقد في هذا، فلا يثبت في غيره.

لنا: أن شرط التعيين مخالف لمقتضى العقد؛ لأن قضية العقد في جانب الثمن، وجوده ووجوبه في الذمة، وفي التعيين بطلان ذلك، فيحمل التعيين^(٥) على بيان الجنس والنوع^(٦)، وقد عرف^(٧).

١٥٩٦- قال (زفر): إذا اشترى ألف درهم بدنانير، فدفع الدنانير، وكان [المشتري]^(٨) الدنانير على البائع دراهم؛ فتراضيا على المقاصة قبل أن يتفرقا^(٩)؛ لم يجز.

(١) في ش، ز، ك، ق، ط (المعاوضات) بدل (المعاوضة) والمعنى معهما واحد.

(٢) انظر المبسوط ج ١٤ ص ١٥، والمجموع ج ١٠ ص ٨٦، ٨٧ وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٣٦، والناية ج ٦ ص ٦٩٤، وفتح القدير ج ٦ ص ٢٦٤، وروي عن زفر رواية أخرى أنها لا تتمين.

(٣) في ط (أن هذا) بدل (أنه) والمعنى واحد.

(٤) في ش، ز، ك، ق، ط (أنهما أثبتا) بدل (أنا إنما أثبتنا) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) (التعين) سقطت من ق، وإثباتها أفضل لإيضاح المعنى.

(٦) في ق (والتعيين) بدل (والنوع) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ط (على ما عرف) بدل (وقد عرف) والمعنى واحد. وفي ز، ش، زيادة (وقد عرف) تعامه في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة توصل مكان ورود الخلاف.

(٨) في الأصل (للمشتري) ولا تستقيم العبارة بها.

(٩) في ش، ز، ط، (يتفرقا) بدل (يتفرقا) والمعنى واحد.

وعندنا: يحوز^(١).

له: أنه استبدل^(٢) ببدل^(٣) الصرف، قبل القبض.

لنا: أن هذا فسخ فيها للصرف الأول، وبيع الدنانير بتلك^(٤) الدراهم التي عليه، وهو كالمقبوض في يده، فيجوز، كما إذا^(٥) فعلا ذلك ابتداء.

١٥٩٧- قال (زفر): إذا اشترى فاكهة بنصف درهم فلوس، أو بدائق فلوس، لا يجوز

وعندنا: يحوز^(٦).

له: أن الدراهم^(٧) لا تقدر [بالفلوس]^(٨)، فكان مجهولاً.

لنا: أنه معلوم بعرف الناس. واصطلاحهم^(٩) فيعلم أنه لا يوجد^(١٠) بذلك، فيجوز، كما إذا سمى عدد الفلوس.

١٥٩٨- قال (زفر): إذا استهلك حلية^(١١) ذهب لإنسان، ففقد القاضي عليه بقيمته من الدراهم اعتباراً للصياغة، وتحرزاً عن الربا؛ فالقبض يشرط فيه، حتى لو اختلف قبل قبضه؛ بطل القضاء.

وعندنا: لا يبطل.

وعلى هذا: إذا استهلك دراهم فضمن مثلها، وأجله الطالب، فهو

(١) انظر المبسوط ج ٤ ص ١٩، والبنية ج ٦ ص ٧٠٥ - وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٤٠.

(٢) في ط (استبدال) بدن (استبدل) والمعنى معهما واحد.

(٣) (يبدل) سقطت من ق، وإنشائها أفضل لاستقامة المعنى.

(٤) في ش، ز، ك (بذلك) بدل (بتلك) والصواب الثانية؛ لأن الدراهم لفظ مؤنث.

(٥) في ط (لو) بدل (إذا) والمعنى معهما واحد.

(٦) انظر المبسوط ج ١٤ ص ٢٦، ٢٧، والمسألة (١٥٩٣)، والبنية ج ٦ ص ٧١٨، ٧١٩، وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٤٤.

(٧) في ش (الدراهم) بدل (الدراهم) والثانية أنسب للمعنى.

(٨) في الأصل أ، ق، ط (بالفلس) والمعنى والعبارة لا يستقيمان بهذا.

(٩) في ش، ز (وإصطلاحهم) بدل (واصطلاحهم) والمعنى معهما واحد.

(١٠) في ش، أ (لم يوجد) وفي ز، ح، ك، ق، ط (كم يؤخذ) بدل (لا يوجد) والثانية أنسب للمعنى.

(١١) في ق (حلي) بدل (حلية) والمعنى واحد.

باطل عنه.

وعندنا: يجوز^(١).

له. أنه صرف حقيقة، فيشترط فيه^(٢) شرائطه^(٣).

لنا: أنه ضمان، والضمنان قائم مقام العين المضمونة، كأنه هو، وليس^(٤) بمبادلة، فلا يشترط فيه شرائط الصرف^(٥).

(١) انظر المبسوط ج ١٤ ص ٣٤.

(٢) (فيه) سقطت من ش، ك، ط، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٣) في ط (شرائط الصرف) بدل (شرائط) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ز (فليس) بدل (وليس) والثانية أنسب للسياق.

(٥) في ط (شرائط الصرف فيه) بدل (فيه شرائط الصرف)، والمعنى معهما واحد.

باب جوابات مالك بن أنس

١٥٩٩- (مالك): إذا وجد في الصرف بعض الدراهم زيوفاً^(١)؛ بطل^(٢) العقد.
وعندنا: يبقى في الباقي^(٣). وقد مر مثله في السلم^(٤).

-
- (١) في ش، ز، ك، ط، زيادة (فرد) وفي ق زيادة (فردة) وهذه الزيادة لا أثر لها في المعنى.
(٢) في ش، ز، ك، ط، ق زيادة (كل) وهي تزيد المعنى وضوحاً.
(٣) (في الباقي) سقطت من ش والإثبات أفضل لاكتمال المعنى.
(٤) انظر المسألة ١٤٢٤، ١٤٩٦، ١٥٨٥، وانظر المصنوع ج ١٤ ص ٧٨، ومختصر الطحاوي ص ٧٧، والكافي لآمن عبد البر ج ٢ ص ٦٣٥، ٦٣٦، والقوانين الفقهية ص ١٦٦، وشرح الخروشي ج ٥ ص ٤٥، وبلغت السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ١٨، وحاصلة أن عند المالكية: إذا صرف دينار بدراهم ثم وجد فيها درهماً زائفاً أو ناقصاً، إن رضي به جاز الصرف وإن رده بطل الصرف، وفي قول آخر للمالكية: يبطل صرف دينار واحد، وفي قول آخر: يبطل ما يقابل الدرهم المردود.

كتاب الشفعة^(١)

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٦٠٠. قال (أبو حنيفة): إذا اشترى دارًا شراءً فاسدًا، وقبضها وبني فيها؛ انقطع حق البائع عنها، وعلى المشتري قيمتها، وتجب للشفيع الشفعة، فيهدم المشتري بناءه؛ لأنه لم يدخل في البيع.

وعند أبي يوسف ومحمد: لا ينقطع حق البائع، ويستردّها^(٢)، ويهدم المشتري^(٣) البناء^(٤).

لهما: أن حق البائع في الاسترداد أكد من حق الشفيع، وحق الشفيع لا يطل، وله نقض البناء؛ فالبائع أولى.

له: وجهان: أحدهما: أن حق الاسترداد في السبع الفاسد حق الشرع، والبناء حق المشتري، وحق العبد مقدم^(٥) لحاجته. والثاني: أن المشتري بني^(٦) بتسليط البائع، فلا يكون له نقضه، بخلاف الشفيع؛ لأن حق الأخذ له، لا للشرع، وهو لم يسلط المشتري على البناء، فكان له نقضه^(٧). فإن اتخذها المشتري مسجدًا، فعلى هذا الخلاف^(٨)، وذكره

(١) الشفعة من الشفع: وهو نقيض الوتر. ومن له الشفعة يشفع عقاره بالعقار الذي يأخذه، وسميت بذلك لما فيها من ضم العين المشتراه إلى ملك الشفيع. (طلبه الطلبة ص ٢٤٥، وأنيس الفقهاء ص ٢٧١).

(٢) في شر، ز، ح، ك، ق زيادة (البائع) وذكرها وعلمه سواء؛ لأن المعنى واضح بدونها.

(٣) (المشتري) سقطت من ز، ك، ق، ط. وذكرها أفضل للإيضاح.

(٤) انظر المبسوط ج ١٤ ص ١٤٧، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٠٢.

(٥) في ز زيادة (على حق الله تعالى) وفي ح، ق (على حق الشرع) وهاتان الزيادتان توضحان المعنى.

(٦) في ط (بناء المشتري) بدل (المشتري بني) والمعنى معها واحد.

(٧) في شر، ز، ح، ق، ط زيادة (قال) وذكرها وعلمه سواء.

(٨) انظر المبسوط ج ١٤ ص ١١٤.

هلال^(١) في كتاب الوقف عن أصحابنا جميعاً^(٢) أنه ينقطع حقه.
وجه هذه الرواية: أنه أخرجها عن ملكه على وجه التقرب^(٣)، فكان^(٤) كما لو
كان عدواً، فأعتقه.

وجه الرواية الأولى: أن الله تعالى لا يقبل الطاعة بالمعصية، فصار كما لو
وهب لغيره، ولم يقبل.

١٦٠١- قال (أبوحنيفة): إذا اشترى داراً، ولها ظلة - وهي التي أحد [طرفي]^(٥)
جذوعها على حائط هذه الدار، وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل،
ولم يكن مفتحها في هذه الدار؛ لم تدخل بالإجماع، فإن كان مفتحها فيها؛
لا^(٦) تدخل أيضاً عند أبي حنيفة^(٧)، ما لم يقل: بكل حق هو لها.
وقال أبو يوسف ومحمد: تدخل من غير ذكر الحقوق^(٨).

لهما: أنه يرتفق بها صاحب الدار، فكان تبعاً لها، كالكنيف.
له: أن قرارها بهذه الدار، وبغيرها، فكان تبعاً لها^(٩) من وجه، دون وجه،
فإن دُكر الحقوق تدخل، وإلا فلا.

١٦٠٢- قال (أبوحنيفة): المريض مرض الموت إذا باع لأجنبي^(١٠) داراً له^(١١)

(١) أي هلال بن يحيى المعروف بهلال الرأي، وهو من أصحاب أبي يوسف، ورفق. (أخبار
أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص ١٥٦).

(٢) انظر أحكام الوقف لهلال بن يحيى، الورقة ٥٧، مخطوطة السندية، بالإسكندرية برقم
٣٦٧٢م. وانظر البدائع ج ٦ ص ٢٧٢٢.

(٣) في ز، ق، ط زيادة (إلى الله) وهي توضح المعنى.

(٤) في ك، ق، ط (فصار) بدل (فكان) والمعنى معهما واحد.

(٥) في الأصل (طرف) وهو وهم من الناسخ.

(٦) في ط (لم) بدل (لا) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ك، ق، ط (عنده) بدل (أيضاً عند أبي حنيفة) والثانية أفضل لوضوحها.

(٨) انظر الجامع الصغير ص ٢٩٣، والبنية ج ٦ ص ٥٧٥، وفتح القدير، والعناية ج ٦ ص
١٨٠، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٩٨، والمبسوط ج ١٤ ص ١٣٦، ١٣٧.

(٩) في ش (له) بدل (لها) والثانية أفضل؛ لأن الدار تؤنث غالباً.

(١٠) في ز (للأجنبي) بدل (لأجنبي) والمعنى واحد.

(١١) (له) سقطت من ز، ك، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

بألعي درهم، وقيمتها ثلاثة آلاف درهم، لا مال له غيرهم، ثم مات وابنه شفيعها؛ فلا شفعة له، ولم يحك خلافاً - وكذا قال في الجامع الكبير - إذا كان البيع للوارث^(١) بأقل من قيمتها^(٢).

وقال في الوصايا: لا شفعة^(٣) عند أبي حنيفة^(٤).

وقال أبو يوسف ومحمد: يأخذ بقيمتها إن شاء، بناء على أن الأخذ بالشفعة بمنزلة البيع منه. وعند أبي حنيفة. لو باع من الوارث بمثل قيمته، أو أكثر^(٥)، أو أقل^(٦)؛ لا يجوز^(٧).

وعندهما: يجوز، فكذا الأخذ بالشفعة^(٨).

أما إذا كان شراء الأجنبي بأقل من القيمة، فعندهما لا يأخذ أيضاً في هذه الرواية؛ لأنه لا يمكن الأخذ بالقيمة؛ لأن الأخذ بالشفعة شرع، بما قام على المشتري، وأنه لم يقد عليه بالقيمة، ولا يمكن أخذه^(٩) بالثمن؛ لأن فيه^(١٠) محاباة، وهي للوارث باطلة.

وفي رواية: الوصايا تأخذ بالقيمة؛ لأنه يصير كأنه باعه من الوارث بألفين، وقيمتها ثلاثة آلاف، فلا^(١١) يسلم له إلا بثمن القيمة.

(١) في ز، ك (لو باع من الوارث) بدل (إذا كان البيع للوارث) ولمعنى معهما واحد.

(٢) انظر الجامع الكبير ص ٣١٢.

(٣) في ق زيادة (له) وهي توضح المعنى.

(٤) في ز زيادة (إذا باع من الوارث بمثل قيمته أو أكثر) وهي تزيد من تفصيل المعنى وتوضيحه.

(٥) في ق زيادة (من القيمة) وهي توضح المعنى.

(٦) (أو أقل) سقطت من ش، ز، ك، ق، ط، أ وذكرها وعدمه سواء؛ لأنه إذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر لا يجوز، فمن باب أولى الأقل لا يجوز.

(٧) في ز زيادة (مالم يجز الورثة) وهي توضح المعنى أكثر. وفي ط (إن باع الوارث بأقل من قيمته أو أكثر لا يجوز) بدل (لو باع . . . إلى . . . لا يجوز) والمعنى واحد.

(٨) انظر الجامع الكبير ص ٣١٢، والمبسوط ج ١٤ ص ١٥٠، ١٥١، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٠٣.

(٩) في ط (الأخذ) بدل (أخذه) والمعنى واحد.

(١٠) في ش (في) بدل (فيه) والثانية أنسب للمعنى.

(١١) في ز، ك، ق (فلم) بدل (فلا) والمعنى معهما واحد.

١٦٠٣- قال (أبوحنيفة) : فإذا^(١) كان هذا البيع^(٢) مع الابن، والأجنبي شفعها، فلا شفعة عند أبي حنيفة؛ لأن البيع باطل، فإن أجاز^(٣) الورثة^(٤) جاز البيع والمحابة، وثبتت الشفعة؛ لأن الوصية للوارث تجوز بإجازة الورثة. وعند أبي يوسف ومحمد: إن كان بمثل القيمة جاز البيع، وثبتت الشفعة^(٥)، وإن كان فيه محابة فالمشتري إن شاء أخذها بنمام القيمة وللشفيع الشفعة^(٦)، وإن شاء ترك البيع^(٧) وردّها. وللشفيع أن يأخذ بالقيمة؛ لأن المحابة كانت فاسدة، فصار تملكها بالقيمة، ولا يبطل حق الشفيع برد المشتري، ولو أجازت الورثة المحابة جاز^(٨)، وللشفيع أن يأخذ بالثمن^(٩).

-
- (١) في ش، ز، ك، ق (فإن) وفي ط (إذا) بدل (فإذا) والمعنى مع هذا الألفاظ واحد.
 - (٢) في ك (البيع) بدل (هذا البيع) والثانية أفضل لما فيها من إيضاح للمراد.
 - (٣) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (أجازت) بدل (أجاز) والمعنى معهما واحد.
 - (٤) في ش، ز، ق، ط، ك زيادة (البيع) وهي توضيح المعنى.
 - (٥) في ح، أ زيادة (لأن الوصية للوارث تجوز بإجازة الورثة) ولا معنى لهذه الزيادة.
 - (٦) في ش، ز، ك، ط (للشفيع أن يأخذ بذلك) بدل (للشفيع الشفعة) والمعنى واحد.
 - (٧) (البيع) سقط من ز، ك، ق، ط، ولا ينبغي المعنى بسقوطها. وفي ق (تركها) بدل (ترك) والأولى أفضل؛ لأن الضمير يعود على الشفعة وهي لفظ مؤنث.
 - (٨) في ز، ق (جارت) بدل (جار) والمعنى معهما واحد.
 - (٩) انظر المبسوط ج ١٤ ص ١٥١، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٠٣.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١٦٠٤. قال (أبيوسف): إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن بعد نقده، فقال المشتري، هو ألفان، وقال الشفيع هو ألف^(١)؛ فالقول قول المشتري؛ لأن الشفيع يدعي عليه التمليك بأقل الثمنين، وهو ينكر. ولو أقاما البينة، فالبينة بينة المشتري أيضاً، وهو قول الشافعي.
وقال أبو حنيفة ومحمد: البينة بينة الشفيع^(٢).

له: أن بينة المشتري تثبت زيادة الثمن، والبيئات ترجح بكثرة الإثبات.
لهما: وجهان، أحدهما: أن بينة الشفيع ملزمة، وبينة المشتري غير ملزمة؛ لأن الشفيع لو ترك، يترك، فكان الملزم أولى.
والثاني: أنه لا تنافي بينهم، فيقبل^(٣) كلاهما، فصار كأنه اشتراه بألف، ثم اشتراه بألفين، فيأخذ^(٤) بأيهما شاء.

١٦٠٥. قال (أبيوسف): رجل اشترى داراً، فوهبها لغيره، أو باعها، ثم حضر الشفيع، وغاب المشتري الأول، فإن صدقه الموهوب له، والمشتري^(٥) الثاني؛ له أن يأخذ^(٦) بالشفعة، وإن أنكر فأراد الشفيع أن يقيم البينة، فهو خصم، وتقل بينته.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يكون خصماً - ذكر الاختلاف في الجامع الكبير -

(١) قوله: (فقال المشتري هو ألفان، وقال الشفيع هو ألف) سقط من ش، ح، ز، ك، ق، ط، أ. وسقطها لا يؤثر في تغير المعنى.

(٢) انظر المبسوط ج ١٤ ص ٩٩، والبناء ج ٨ ص ٥١٤.

(٣) في ش (فيعمل) بدل (فيقبل) والثانية أنسب للمعنى.

(٤) في ك (يأخذ) بدل (يأخذ) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ش، ز، ك، ط (أو المشتري) بدل (والمشتري) والأولى أنسب للمعنى.

(٦) في ز، ك، ط (يأخذها) بدل (يأخذ) والأولى أمثل لاشتغالها على الضمير الدان على الدار.

والمأذون^(١).

له: أنه يدعى برقبة^(٢) الدار، وهي في يده، فكان خصمًا، وإذا قُضي به؛
عد أبي يوسف: يستوثق بالثمن كفيلاً، نظرًا للغائب، أو يأخذ الثمن،
ويضعه على يد^(٣) عدل.

لهما: أن فيه إبطال عقد^(٤) العائب قصداً، أو نقله إلى نفسه، فكان^(٥)
قضاء على الغائب.

(١) انظر الجامع الكبير ص ٣١٣، والبدايع ج ٦ ص ٢٦٨٩، والمبسوط ج ١٤ ص ١٠٨.

(٢) في ش، ز، ق، ط (رقبة) بدل (برقة) والأولى أنسب للسياق.

(٣) في ش، ط (يدي) بدل (يد) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ط (حق) بدل (عقد) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) في ق زيادة (هذا) وهي توضح المعنى .

باب قول محمد على خلاف صاحبيه

١٦٠٦- قال (محمد): تسليم الأب والوصي شفعة الصبي، أو تسليم الوكيل شفعة الموكل؛ لا يصح - وهو قول زفر - .
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يصح^(١).
له: إنه إبطال حق محترم للصبي، فلا يجوز.
لهما: إن هذا أخذ ملك^(٢) ببدل يعادله، فكان كالشراء، ثم الشراء بمال الصبي لا يجب، ولهما أن [يتركاه]^(٣)، فكذا هذا^(٤). والله أعلم.

(١) انظر الجامع الصغير ص ٢٩٨، والبدائع ج ٦ ص ٢٧٠٨، والمبسوط ج ٤ ص ١٥٥، والبناء ج ٨ ص ٦٠١، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٦٣٠، والعتاة، والكفاية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٣٤٦.

(٢) في ش، ز، ك، ق، ط (وتملك) بدل (ملك) والمعنى معهما واحد.
(٣) في الأصل (يترك) والمعنى والعبارة لا يستقيمان بهذا، وفي ط (يتركاه) بدل (يترك) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ط زيادة (بخلاف العفو، لأنه ترك بغير بدل) وهي توضيح المعنى أكثر.

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول محمد، ولا قول لأبي يوسف فيه

١٦٠٧- قال (أبو حنيفة): تسليم الأب شفعة الصبي، والشراء بأقل من القيمة بكثير^(١) - يجوز^(٢).

وعن محمد: أنه لا يجوز.

ولا رواية عن أبي يوسف^(٣).

له: إنه بمنزلة التبرع بماله.

لأبي حنيفة: إنه امتناع عن إدخاله في ملكه، لا إزالة عن ملكه، فلا يكون تبرعاً.

(١) في ط (أو بأكثر) بدل (بكثير) والثانية أنسب؛ لأنها إذا بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتعابن الناس فيه يجوز التسليم بالإجماع، وقيل: أن فيه خلاف محمد و زفر.

(انظر المبسوط ج ١٤ ص ١٥٥، والبنية ج ٨ ص ٦٠٣).

(٢) في ز، ح، أ، ق، ط زيادة (فمن أبي حنيفة أنه يجوز) ولا فائدة لهذه الزيادة لأن الباب باب أبي حنيفة ومحمد، وطريقة الكتاب عادة عرض قول أبي حنيفة أولاً.

(٣) انظر البنية ج ٨ ص ٦٠٤، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٦٣، والعناية، والكفاية هامش فتح القدير ج ٨ ص ٣٤٧.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد، ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٦٠٨- قال (أبيوسف): سفل لرجل، وعلوه لآخر^(١)، فبيعت دار بجنبهما، فالشفعة لهما؛ لأنهما جاران، فإن انهدمت الدار^(٢) قبل الأخذ بالشفعة، فالشفعة لصاحب السفلى، لا لصاحب العلو. وقال محمد: لهما جميعاً^(٣).

له: أن حق صاحب العلو قائم، فإنه^(٤) يبني العلو إذا بنى صاحب السفلى سفله، وله أن يبني السفلى بنفسه ويبني عليه علوه، ويمنع صاحب السفلى [من]^(٥) الانتفاع^(٦) حتى يعطي^(٧) حقه.

لأبي يوسف: أن الجوار بالأرض قائم في حق^(٨) السفلى، وهو^(٩) فائت في حق صاحب العلو إلى أن يبني.

وعلى هذا الخلاف: إذا انهدم العلو، ثم باع صاحب السفلى سفله، فلا شفعة لصاحب العلو عده، خلافاً لمحمد، والمعنى مامر^(١٠).

١٦٠٩- قال (أبيوسف): إذا قال الشفيع: آخذ نصف الدار بالشفعة، لا يكون نسلياً للكل.

(١) في ك (وعلو لرجل) بدل (وعلوه لآخر) والثانية أروض.

(٢) في ش، ط (العلو) بدل (الدار) والمعنى واحد.

(٣) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٦٩٤، ٢٧٠١.

(٤) في ز (لأنه) بدل (فإنه) والمعنى معهما واحد.

(٥) سقط ما بين القوسين من الأصل. وإثباته أفضل لاكتمال المعنى.

(٦) في ش، ق (الامتناع) بدل (الانتفاع) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ز، ك، ق، ط (يعطيه) بدل (حتى يعطيه) والمعنى معهما واحد.

(٨) في ز، ك، ق، ط زيادة (صاحب) وإثباتها وعدمه سواء.

(٩) في ز، ك (فأما هو) بدل (وهو) والثانية أنسب للسياق.

(١٠) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٧٠١.

وقال محمد: هو تسليم للكل^(١).

له: إنه ترك النصف، وسكت عنه، وهو تسليم، فكان تسليمًا للكل؛ لأنه لا يتحزأ.

لأبي يوسف: أن هذا تصريح بالطلب، فلا يثبت التسليم الذي هو ضده، دلالة.

١٦١٠- قال (أبيوسف): لو أقام المشتري البينة أنه اشترى البناء أولاً بألف، ثم الأرض بغير بناء بألف^(٢)، ولاحق للشفيع في البناء، وأقام الشفيع البينة أنه اشتراها معاً بألفين في صفقة واحدة، ولم يؤرخا؛ فالبينة بينة المشتري.

وقال محمد: البينة بينة الشفيع^(٣).

له: أنها مثبتة للاستحقاق، وحاصل الخلاف فيه^(٤).

لأبي يوسف: أن القول قول الشفيع استحساناً؛ لأنهما اتفقا على شرائه، والمدعي^(٥) يدعي التفريق^(٦) في الصفقة، وهو ينكر، واليمين حجة المنكر، والبينة حجة المدعي.

١٦١١- قال (أبيوسف): إذا قال المشتري لوكيل الشفيع: قد سلم موكلك الشفعة؛ لا يقضى بالشفعة حتى يحضر الموكل فيحلف.

وقال محمد: يقضى بها، وإذا حضر^(٧) الموكل فله أن يحلفه^(٨).

(١) (للـكل) سقطت من ش، ر، ح، ك، ق، ط. وإثباتها أفضل للإيضاح. انظر البدائع ج ٦ ص ٢٧٢١. والمبسوط ج ١٤ ص ١١١.

(٢) في ق زيادة (درهم) وهي زيادة مطلوبة لتمييز المعدود.

(٣) انظر البدائع ج ٧ ص ٢٧٤٦، والمبسوط ج ١٤ ص ١٧٧.

(٤) أي في الاستحقاق.

(٥) في ط (والمشتري) بدل (والمدعي) والمعنى واحد، إذ المشتري هو الذي يدعي التفريق.

(٦) في ز، ش، ح، ق (التمرق) بدل (التفريق) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ط (احتصر) بدل (حضر) والثانية أنسب للمعنى.

(٨) في ش، ز، ح، ك، ق، ط (تحليفه) بدل (أن يحلفه) والمعنى معهما واحد انظر المـسـوـط ج ١٤ ص ١٦١.

له: أن الحق ثابت ظاهراً، فلا يؤخر لأمر موهوم.
لأبي يوسف: أن لو أمر بالتسليم إلى وكيل^(١) الشفيع، ثم حضر الموكل،
وحلف، ونكل يحتاج إلى نقض القضاء، فيجب التأخير تحريزاً عن ذلك.

(١) (وكيل) سقطت من ش، ز، ك، ق، (والمعنى لا يستقيم بدونها).

باب ما تفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١٦١٢- قال (أبوحنيفة): إذا طلب^(١) الشفعة طلب موثبة^(٢)، وطلب إسهاد، وآخر طلب الأخذ؛ لم تبطل شفعته - في ظاهر الرواية - وإن طال التأخير.
وعن أبي يوسف: أنه إذا ترك^(٣) مجلساً من^(٤) مجلس^(٥) القضاء تبطل، وفي رواية: قدره بثلاثة أيام
وعن محمد: أنه إذا ترك شهراً بطل^(٦).
ليه: أنه لو لم يبطل بتأخير مدة طويلة، يتضرر^(٧) به المشتري بنقض تصرفاته، فقدروا ذلك بأدنى الأحوال، وهو شهر.
لأبي يوسف: أن ترك مجلسين، وثلاثة^(٨) أيام؛ دليل الأعراض عنه، وأنه تسليم.
لأبي حنيفة: أن الحق قد ثبت بالطلب، فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق.
١٦١٣- قال (أبوحنيفة): الوكيل يطلب الشفعة إذا سلم الشفعة، وأقر^(٩) على

-
- (١) في ز، ق، ط زيادة (الشفيع) وهي توضيح المعنى.
 - (٢) طلب الموثبة هو أن يطلب على الفور، (انظر البناية ج ٨ ص ٤٨٦).
 - (٣) في ك، ط زيادة (الطلب) وهي توضيح المعنى.
 - (٤) في ش (في) بدل (من) والثانية أنسب للمعنى.
 - (٥) في ز (مجالس) بدل (مجلس) والأولى أنسب للمعنى.
 - (٦) انظر المبسوط ج ١٤ ص ١١٨، والبدائع ج ٦ ص ٢٧١٤، ٢٧١٥، والبناية ج ٨ ص ٤٩٦، ٤٩٧، وفتح القدير ج ٨ ص ٣١٠، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٤٤.
 - (٧) في ش، ك (تضرر) بدل (يتضرر) والمعنى معهما واحد.
 - (٨) في ش، ز، ح، ك، ط (أن تركه مجلساً أو ثلاثة) وفي أ (أن تركه مجلسين وثلاثة أيام) وفي ق (أن تركه مجلساً من مجالس القضاء أو الثلاثة) بدل (أن ترك مجلسين، وثلاثة) والأولى أنسب للمعنى.
 - (٩) في ز، ح، ك، ق، ط (أقر) بدل (وأقر) والمعنى معهما واحد.

الموكل أنه سلمها؛ يصح في مجلس القضاء لا في غيره.
وقال أبو يوسف أولاً: لا يصح^(١) بحال، ثم رجع وقال: يصح أين كن.
وقال محمد وزفر، والشافعي. لا يصح تسليمه أصلاً، رخص إقراره في
مجلس القضاء، وهي نظير إقرار الوكيل بالحصومة، وتذكرها في كتاب
الوكالة، في باب أبي يوسف^(٢)، وأما الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم فقد مر
في باب محمد^(٣).

(١) في ش، ك، ق، ط (لا يصحان) بدل (لا يصح) والأولى أفضل لدالتها على الإنذار،
والتسليم.

(٢) انظر المسألة (١٨١٧).

(٣) انظر المسألة (١٦٠٦)، والمبسوط ج ١٤ ص ١٥٤، والكفاية، والعناية على ما مشى منحه
الفدير ج ٨ ص ٣٤٦.

باب ما قاله زفر

- ١٦١٤- قال (زفر): الشفيع إذا أخبر أن البيع بألف درهم فسلم، فإذا هو بمائة دينار قيمتها ألف درهم، لا تبطل شيعته.
وعندنا: تبطل^(١).
- له: أنهما جنسان مختلفان، فصار كالحنطة، والشعير، والفق في: أنه قد يتعذر عليه أداء جنس، دون جنس.
- لنا: أنهما جنس واحد في^(٢) كونهما ثمنًا للأشياء والحكم يتعلق به.
- ١٦١٥- قال (زفر): إذا اشترى دارين في مصرين في صفقة واحدة، وشفيعهما واحد، فله أن يأخذ إحداهما دون الآخر^(٣).
- وعندنا: ليس له ذلك^(٤).
- ١٦١٦- قال (زفر): إذا كانت الدار في يد رجل^(٥)، وبيعت دار بجانبها، فطلب الشفعة بالجوار، وأنكر المدعى عليه أن يكون الدار ملكه، استحق الشفعة بظاهر الملك الثابت باليد - وهو قول الشافعي -
وعندنا: لا يستحق مالم يثبت الملك بالينة^(٦).
- له: أن اليد دليل الملك ظاهرًا^(٧).

(١) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٧١٦، والمبسوط ج ١٤ ص: ١٠٥، ١٠٦.

(٢) في ك (حيث) بدل (في) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ش، ز، ك، ق، ط (لأخرى) بدل (الأخر) والأولى أنسب للسياق.

(٤) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٧٣١، والمختلف الورقة ١٣٧.

(٥) في ش، ح، ز، ك، ق، ط (في يد إنسان) بدل (في يد رجل) والمعنى مهمما واحدا. وفي أ (في درب) بدل (في يد رجل) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٧٢٢.

(٧) في ش، ز، ك، ق، ط زيادة (لما عرف) ولا أثر لها.

لنا . أن الظاهر كفى^(١) للدفع دون الإلزام^(٢) .
 ١٦١٧- قال (زفر): إذا اشترى الأب لابنه الصغير داراً، والأب شافعها، ليس له
 أن يأخذها لنفسه^(٣) .
 وعندنا: له ذلك^(٤) .
 بناء على أن الأب إذا اشترى مال ابنه لنفسه لا يجوز عنده؛ لأن الواحد لا
 يصلح بانثاءً، ومشترياً .
 وعندنا: يجوز، ويصير هو^(٥) بمنزلة شخصين^(٦) باعتبار الحاجة وكمال
 الولاية .

(١) في ح، ز، أ، ك، ق، ط (يكفي) بدل (كفى) والأولى أبلغ في الدلالة على المعنى .
 (٢) في ش، ك، ط (لا لإلزام) بدل (دون الإلزام) والثبة أوضح
 (٣) في ش، ز، ح، ك، ق، أ، ط زيادة (بالشفعة) وهي توضح المعنى .
 (٤) انظر المبسوط ج ١٤ ص ١٥٥ .
 (٥) (هو) سقطت من ط . ولا يتغير المعنى بمقوطةا .
 (٦) في ق (الشخصين) بدل (بشخصين) والثانية أنسب للسياق .

باب ما قاله الشافعي خلافاً لقول علمائنا

١٦١٨- قال (الشافعي): لا تثبت الشفعة إلا للشريك في البقعة، ولا تثبت للجار. وعندنا تثبت للجار أيضاً^(١).

له: قوله: - ﷺ - «لا شفعة إلا للشريك»^(٢) لم يقاسم^(٣). ولأنه حق يثبت بخلاف^(٤) القياس في حق الخليط، لدفع ضرر لازم، والجوار ليس في معناه.

لنا: قوله - ﷺ - «الجار أحق بسقبه»^(٥) ولأن علة الشفعة: الاتصال بين

(١) انظر المبوط ج ١٤ ص ٩٢، والبنية ج ٨ ص ٤٥٧، والعناية بهامش فتح القدير، ج ٨ ص ٢٩٦، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٤٠، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٢٩٧، وفتح الوهاب ج ١ ص ٢٣٨، وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ١٤٤، ١٤٥.

(٢) في ش، ق (لشريك) بدل (لشريك). ولم أجده بأى من اللفظتين، وفي ق زيادة (الذي).

(٣) قال ابن حجر: لم أجده هكذا. (الراية ج ٢ ص ٢٠٢) وقال: الزيلعي: غريب. (نصب الراية ج ٤ ص ١٧٢). ولم أجده الشافعية استدلو بهذا في كتبهم، وإنما استدلو بحديث جابر رضي الله عنه، قال: قضى رسول الله - ﷺ - بالشفعة في كل شركة لم تقسم - زينة أو حائط - لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذه، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به. - رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم ١٣٤، ج ٣ ص ١٢٢٩ والربعة بفتح الراء، وإسكان الساء، مؤنث الريع، وهو الدار والمسكن ومطلق الأرض، وروى البخاري عن جابر بمعناه قال: قضى رسول الله - ﷺ - في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة. (كتاب البيوع، باب الشفعة، ج ٣ ص ١١٤).

(٤) في ط (على خلاف) بدل (بخلاف) والمعنى واحد.

(٥) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب الشفعة، ج ٣ ص ١١٥، وأبوداود، كتاب البيوع، باب في الشفعة، حديث رقم ٣٥١٦، ج ٣ ص ٢٨٦، والترمذي كتاب الأحكام، باب ما جاء إذا حُدَّت الحدود ورفعت السهام فلا شفعة، حديث رقم ١٣٧٠، ج ٣ ص ٦٤٤ والسقب بفتح السين، والقاف يطلق على الدار، والمنزل، وعلى القريب، وعلى الجوار، ويجوز أن يقال سقب بالصاد - وهو ما قرب من الدار. (الباية ج ٨ ص ٤٥٥).

الملكين لدفع صرر الجار السوء، وقد وجد ههنا^(١).
١٦١٩- قال (الشافعي): الشفعة تثبت للشفعاء على قدر^(٢) الأملالك.
وعندنا: على قدر الرأس^(٣).

له: أنه^(٤) من حقوق الملك، فيقدر بقدر الملك، كالكسب والعلة.
لنا: أن العلة اتصال الملك، وقليل الملك في هذا كثيره، ولهذا لو تفرد
صاحب القليل فله كل الشفعة، إلا أن العلة كثرت^(٥) في حق صاحب
الكثير، والترجيح لا يثبت بكثرة العلة، بخلاف الكسب والفلة؛ لأنه يستحق
بقدر الملك، ولهذا لو تفرد صاحب القليل لا يستحق الكل.
١٦٢٠- قال (الشافعي): إذا مات الشفيع قبل القضاء بها^(٦)؛ تورث شفعته.
وعندنا: بطلت الشفعة^(٧).

(١) في ش، ز، ق، ط زيادة (وقد عرف بتمامه في طريقة الخلاف) وهذه الزيادة توضح مكان
ورود هذا الخلاف. وفي ك (هنا) بدل (ههنا) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ك (يقدر) بدل (على قدر) والثانية أبلغ في أداء المعنى.

(٣) مثال: لو أن داراً بين ثلاثة نفر لأحدهم نصعها، وآخر ثلثها، وللثالث سدسها، فباع
صاحب الصف نصيه، فطلب الآخران الشفعة، قضى بالشفعة بينهما نصفين عند الحنفية،
وعند الشافعي تقسم أثلاثاً بقدر ملكيهما فيعطى صاحب الثلث ثلثين، ويعطى صاحب
السدس ثلثاً. (انظر المبسوط ج ١٤ ص ٩٧، والنهاية ج ٨ ص ٤٧٥، وفتح القدير ج ٨
ص ٣٠٢، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٤١) وأما الشافعية هنا فلهم قولان الأول: وهو
الأظهر - أن الشفعة على قدر الحصص، والثاني: على قدر الرأس. (معنى المحتاج ج ٢
ص ٣٠٥ وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ١٤٥ - والام ج ٤ ص ٣).

(٤) في ش، ز، ق، ط زيادة (حق) وهي توضح المعنى.

(٥) في ر، ح، ك، ق، ط، أ (تكثر) بدل (كثرت) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ر، ك، ق زيادة (له) وهي توضح المعنى.

(٧) في ش، ز، ح، ق، ط، أ (شفعته) بدل (الشفعة) والأولى أفضل؛ لأنها أدق في التعبير
عن المعنى المراد، انظر المبسوط ج ١٤ ص ١١٦، والنهاية ج ٨ ص ٥٧٧، والنهاية على
هاتين فتح القدير ج ٤ ص ٣٣٩، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٥٧، والمهذب وشرح
المجموع ج ١٣ ص ٣٩٧.

له: أنه حقه، والوارث يخلفه في^(١) حقوقه، كما في القصاص، والرد بالعيب، وغيرهما.

لنا: أن حق الشفعة، حق التملك، وهو وصف قائم بالشفيع، فلا يبقى بعد موته، بخلاف القصاص؛ لأنه ملك المحل في حق [القتل]^(٢)، ولهذا يصح الاعتياض عنه. وبخلاف^(٣) الرد بالعيب، لما مر في مسألة خيار الشرط هل يورث^(٤).

١٦٢١- قال (الشافعي): إذا حط البائع بعض الثمن عن المشتري فالشفيع يأخذه بكل الثمن إن شاء.

وعندنا: يحط عن الشفيع بقدره^(٥).

[له]^(٦): أن البائع وهب بعض الثمن للمشتري، فلا يلزمه أن يهب شيئاً للشفيع، كما لو وهب الكل^(٧).

لنا: أن حط البعض يلتحق بأصل العقد، فصار كأنه اشتراه بما وراءه، بخلاف هبة كل الثمن؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه يبقى بيعاً بغير ثمن.

١٦٢٢- قال (الشافعي): إذا أخذ الشفيع الدار من يد المشتري، أو من يد البائع، فالعهد على المشتري في الحالين^(٧).

(١) في ز، ق زيادة (استيفاء) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٢) في الأصل (القتل) والمعنى لا يستقيم بها.

(٣) في ش (بخلاف) بدون الواو، والصواب إثبات الواو؛ لأنه معطوف على قوله (بخلاف القصاص).

(٤) انظر المسألة (١٥٦٠).

(٥) انظر المبسوط ج ١٤ ص ١٠٧، والنهاية ج ٨ ص ٥٢٠، والعناية على هامش فتح العدير ج ٨ ص ٣١٨، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٤٨، وهذا الخلاف قائم على أصل وهو ن الريادة، والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد عند الحفية. وعنه لشافعية هو بمنزلة الهبة المبتدأة. (المسوط ج ١٤ ص ١٠٧).

(٦) في ش (كل الثمن) بدل (الكل) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ز، ط زيادة (جميعاً) وهي تؤكد المعنى.

وعندنا: إذا أحد من يد^(١) البائع، فالعهدة على البائع^(٢). بناء على أصل.
وهو أن حقوق العقد ترجع إلى المالك عنده.
وعندنا: إلى العاقد^(٣). وقد عرف^(٤).

١٦٢٣. قال (الشافعي): الواحد إذا اشترى داراً من اثنين بصفقة واحدة، فه أن
يأخذ حصة أحدهما بالشمعة.

وعندنا: يأخذ الكل، أو يترك الكل^(٥).

له: أن الواحد إذا باع من اثنين، فه أن يأخذ حصة أحدهما، فكذا هذا.

لنا: أن الصفقة في حق المشتري، مجتمعة، فلا يجوز التفريق عليه،
بخلاف ما ذكر؛ لأن ثمة الصفقة في حق المشتري^(٦) متفرقة، والفقة فيه:
هو^(٧) أن ثمة جارين، فله أن يرضى بأحدهما، دون الآخر، أما مهنا
[الجار]^(٨) واحد، فإذا رضي به في^(٩) البعض فقد تحمل ضرر حواره^(١٠).
فأخذ الباقي يكون تناقضاً.

(١) سقطت من ق ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٢) انظر المسوط ج ١٤ ص ١٠١، والبنية ج ٨ ص ٥٠٦، ٥٠٧، وكتاب اختلاف العراقيين
بهاشم الأم ج ٤ ص ٧، ولمهذب وشرحه المجموع ج ١٣ ص ٤٠٥.

(٣) انظر الساية ج ٧ ص ٢٧٧، وفتح القدير ج ٧ ص ١٥.

(٤) انظر المسألة (١٤٦١).

(٥) انظر المسوط ج ١٤ ص ١٠٤، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٣٠٦.

(٦) أي ز، ك، ق، ط (المشتريين) بدل (المشتري) والأولى أنسب للمعنى، لأنه يرد على
حجاج الشافعي بأن الواحد إذا باع من اثنين له أن يأخذ حصة أحدهما.

(٧) (وهو) سقطت من ك. ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٨) في الأصل (الجارية) والمعنى يختل مع هذه اللفظة.

(٩) في ط زيادة (حق) ولا أثر لهذه الزيادة.

(١٠) في ك (جاره) بدل (جواره) والثانية أنسب للمعنى.

باب جوابات مالك

- ١٦٢٤- قال (مالك): إذا وهب لإنسان دارًا، فعوضه منها شيئًا، ولم يكن شرطًا في العقد ذلك^(١)، للشفيع فيها^(٢) الشفعة.
وعندنا: لا شفعة له^(٣) فيها^(٤).
له: أنه بمنزلة البيع، لأنه صار معاوضة.
لنا: أنه هبة من الجانبين؛ لأنه لم يشترط في البيع^(٥)، ولا شفعة في الهبة.
١٦٢٥- قال (مالك): المشتري إذا أحدث في الدار المشتراه أبنية، ثم حضر الشفيع، فإن أعطى^(٦) المشتري قيمة ما بنى مع الثمن، كان له حق الأخذ، وإلا فلا، ولكن ليس له أن يأمره بنقض بنيانه، فإن ضمن له ذلك جاز، وإلا فلا^(٧).
وعندنا: له أن يأمره بنقض بنيانه، ويأخذ^(٨).

-
- (١) في ش (ذلك في الهبة) وفي ح، ك (في الهبة ذلك) وفي ط (ذلك بالعقد) وفي أ (في البيع ذلك) بدل (في العقد ذلك) وجميعها تؤدي إلى المعنى.
(٢) في ش، ز، ق، ط زيادة (حق) والمعنى واضح بدرانها.
(٣) (له) سقطت من ز، ق، ط، وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.
(٤) انظر المبسوط ج ١٤ ص ١٤٠، ١٤١، والنهاية ج ٨ ص ٥٥٨ والعناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٣٣١، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٠، والقوانين الفقهية ص ١٨٩.
وأما إذا شرط في العقد ذلك فعند الحنفية للشفيع فيها الشفعة.
(٥) في ش (المعوض في الهبة) وفي ق (المعوض في البيع) وفي ط (فيه المعوض) بدل (في البيع) والأولى والثالثة أنسب للمعنى؛ لأن المجال هنا للهبة، وليس للبيع.
(٦) في ز، ك، ط زيادة (الشفيع) وهي توضح المعنى.
(٧) قوله (ولكن ليس له ... إلى ... وإلا فلا) سقط من ش، ز، ح، ك، ق، أ وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.
(٨) انظر المبسوط ج ١٤ ص ١١٣، والنهاية ج ٨ ص ٥٣٠، والعناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٣٢٢، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٥٠، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٥، ولأبي يوسف

له أن في الأخذ بدور القيمة، ونقض البناء ضرر زائد، وهو غير مشروع.
لنا: أنه سي محل للتغير حق أخذه^(١)، فكان راضياً بنقضه، كما^(٢) إذا سى
في الدار المعصومة

١٦٢٦- قال (مالك): إذا اشترى داراً بثمن مؤجل، يأخذه^(٣) الشفيع بثمن مؤجل إلى
ذلك الأجل وعندنا يلزمه الثمن حالاً^(٤).

له: أن الشفيع يأخذ بمثل ما وقع الشراء به، والشراء وقع بثمن مؤجل.
لنا: أن الأصل في الثمن أن يكون حالاً، وإنما تأجل للمشتري بالشرط^(٥)،
ولا شرط في حق الشفيع.

١٦٢٧- قال (مالك): لا شفعة في الآبار.
وعندنا: فيها الشفعة^(٦).

قول آخر مثل قول الإمام مالك.

(١) في ز، ك، ق، ط (فيه حق الأخذ) بدل (حق أخذه)، والمعنى معهما واحد.

(٢) في ز، ح، ك، ق، ط (كالغاصب) بدل (كما) والأولى أوضح.

(٣) في ز، ق (يأخذها) بدل (يأخذه) ويجوز فيها التذكير والتأنيث.

(٤) انظر البناية ج ٨ ص ٥٢٣، والعناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٣١٩، وتبين الحقائق ج
٥ ص ٢٤٩، والشرح الصغير بهامش بلغة المسالك ج ٢ ص ٢١٢، وشرح الخوشي ج ٦
ص ١٦٦. واشترط المالكية أن يكون الشفيع موسراً ليأخذ المشفوع فيه بالأجل، أو أن
يصنه مليء إن لم يكن موسراً، فإن لم يضمه أحد فلا شفعة له إلا أن يجعل الثمن.

(٥) في ك، ط (وإنما يأخذ المشتري بثمن مؤجل بالشرط) بدل (وإنما تأجل للمشتري
بالشرط) وتؤيدان معنى واحداً.

(٦) انظر البناية ج ٨ ص ٥٤٦، والكفاية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٣٢٧. وتبين الحقائق ج
٥ ص ٢٥٢.

وأما عند المالكية ففي هذا تفصيل: وهو إذا كانت البئر مفردة لا شفعة فيها، أما إذا كانت
أشتر لها أرض تزرع مشاعة، ففيها الشفعة إذا بيعت مع الأرض، وكذلك إذا بيعت مع
السواد الذي يسقى مع بسايتها، أما لو باع حصته من الأرض أولاً، ثم باع حصته بعد
ذلك من البئر، لم يكن لشركائه شفعة. (انظر الكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٨٥٣، وبدية
المجتهد ج ٢ ص ٢٢٩).

وفي ش، ز، ك، ط (فيها شفعة) وفي ق (فيه شفعة) بدل (فيها الشفعة) وتؤدي جميعها
إلى المعنى المراد.

له: أن النص ورد في العقار دون غيره^(١)
لنا: أن هذه^(٢) من جملة العقار والأراضي، فيثبت حق الشفيع^(٣).

(١) في ك، ق، ط (غيرها) بدل (غيره) والثانية أفضل؛ لأن العقار لفظ مذكر.
(٢) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ (هذا) بدل (هذه) ويجوز فيها التذكير والتأنيث.
(٣) في ش، ز، ح، ك، أ (حق الشفعة فيه) وفي ط (فيه حق الشفعة) وفي ق (حق الشفعة)
بدل (حق الشفيع) وتؤدي جميعها إلى المعنى المراد.

كتاب القسمة (١)

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٦٢٨- قال (أبو حنيفة): أجرة [القاسم]^(٢) على عدد الرؤس في العقار، والمنقول^(٣) جميعًا.

وقال أبي يوسف ومحمد: على قدر الأنصاء، حتى لو كان المال بين ثلاثة لأحدهم سدسه، وللآخر ثلثه، وللثالث نصفه، فالأجرة عليهم أثلاثًا عنه، وعندهما: أسداسًا^(٤).

لهما: أنه يعمل في أملاكهم بالإصلاح، فيجب الأجر على قدر ملكهم، كأجر حمل حنطة مشتركة^(٥)، وحفر بئر مشترك^(٦).

له: أن ما أشار إليه محمد في الكتاب: (٧) فصل^(٨) النصيب القليل أشد حسابًا من النصيب الكثير، والأجرة بقدر المؤنة والعمل، وذلك يختلف، فيعتبر عدد

(١) القسمة لغة، اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء، وشرعًا: تمثيل بين الحقوق الشائعة بين المتقاسمين. (انظر آيس الفقهاء ص ٢٧٢).

(٢) في الأصل (القسامة) وهو يؤدي إلى الخلط، واللس.

(٣) في ش (والنفود) بدل (والمنقول) والثانية أفضل لأنها أشمل فالنفود منقوله أيضًا، وفي ق، ط زيادة (والنفود) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٤) انظر المبسوط ج ١٥ ص ٥. والبدائع ج ٩ ص ٤١١٦، ٤١١٧، والبناء ج ٨ ص ٦١٤، وفتح القدير ج ٨ ص ٣٥١، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٦٦.

(٥) في ز (الحنطة المشتركة) بدل (حنطة مشتركة) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ز، ك، ق، ط (مشتركة) بدل (مشترك) ويجوز بها التذكير والتأنيث. وحمل الحنطة المشتركة، وحفر البئر المشترك على قدر الأنصاء عند الثلاثة (المصادر السابقة).

(٧) في ق زيادة (المنقول عن أبي حنيفة): وهي تريد المعنى وضوحًا.

(٨) في ش، ز، ك، ط (لعمل) بدل (فصل) ولأولى أدق في التعبير عن المعنى، إذ فصل النصيب القليل ليس دائمًا أشد حسابًا.

الملاك لا قدر الأملاك، كما في الجراحات والقتل^(١).

١٦٢٩. قال (أبوحنيفة): العقار إذا كان بين ورثة كبار، حضوره أقروا عند القاضي أنه ميراث، وطلبوا قسمته بينهم؛ لم يقسمه القاضي ما لم يقيموا البينة على أصل الميراث.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم، ويشهد^(٢) أنه قسم بإقرارهم^(٣).
لهما: أنه ثبت كونه لهما بإقرارهم، وطلبوا من القاضي أمرًا مشروعًا، فيجيبهم إلى ذلك، كالموروث المقول، والعقار المملوك بالشراء، أو الهبة.
له: أن التركة قبل القسمة^(٤) على حكم ملك الميت، ولهذا لو أوصى بعبده [لإنسان]^(٥)، ثم مات وهو يخرج من ثلثة، ثم زادت قيمته قبل القسمة، لم يسلم له كله. وبعد القسمة لا يبقى على^(٦) ملكه، حتى لو قسموا وأعطوه^(٧) العبد، ثم زادت قيمته، فهو له؛ فكان هذا قضاء على المورث بإقرارهم، وهذا^(٨) لا يجوز.

بخلاف غير المورث؛ لأنه ليس قضاء على غيرهم، وبخلاف^(٩) الموروث

(١) في ز، ك، ح، ط، أ (في القتل) بدل (والقتل) والأولى أنسب للمعنى. ويوضحه ما جاء في الريادة في ز، ك (لا يعتبر عدد الجنائيات، بل يعتبر عدد الجناة).

(٢) في ط (ويشهدوا) بدل (ويشهد) والثانية أفضل لدلائها على مفرد، وهو القاضي، وفي ق زيادة (على) ولا أثر لها.

(٣) انظر المبسوط ج ١٥ ص ٩، والبنية ج ٨ ص ٦١٧، والعناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٣٥٢، وتبيين الحقائق ج ٥ ص: ٢٦٦، والبدائع ج ٩ ص ٤١٢٥.

(٤) في ش زيادة (معناه) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٥) سقط ما بين القوسين من الأصل، أ، ح، وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى. وفي أ (لعبده) بدل (بعبده) والثانية أنسب للمعنى، والسياق.

(٦) في ز زيادة (حكم) ولا تؤثر في تغيير المعنى.

(٧) في ك (أعطوا) بدل (أعطوه) والثانية أنسب للمعنى.

(٨) في ش، ك (وذلك) وفي ز، ح، ق، ط، أ. (وذا) بدل (وهذا) والمعنى مع جميع هذه الألفاظ واحد.

(٩) في ش، ز، ح، أ (بخلاف) بدون الواو. وإثباتها أفضل؛ لأنها معطوفة على قوله (بخلاف) الأولى.

المقول؛ لأن قسمته نظر للميت، لصيانة ماله^(١)؛ لأنه لو ملك يهلك على الميت، والمقار لا هلاك فيه^(٢).

١٦٣٠- قال (أبوحنيفة): الداران يقسم كل واحد منهما^(٣) على حدة، ولا يقسمان قسمة واحدة، بأن يجمع نصيب أحدهما في إحداهما، إلا عن تراض. وقال أبو يوسف ومحمد: للقاضي أن يجمع إذا رأى المصلحة فيه^(٤). لهما: أنهما من جنس واحد، فصار كبيتين في دار واحدة^(٥). له: أنهما يتفاوتان بالمكان، والمسجد، والجيران، وغير ذلك تفاوتًا فاحشًا، ومبنى القسمة^(٦) التساوي.

١٦٣١- قال (أبوحنيفة): الرقيق لا يقسم قسمة واحدة من غير تراض. وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم إذا طلب أحدهما ذلك^(٧). لهما: ما ذكرنا^(٨)، وصار كالإبل وحدها، والبقر وحدها، والغنم وحدها^(٩).

-
- (١) في ك (صيانة لماله) بدل (لصيانة ماله) والمعنى معهما واحد.
- (٢) في ش، ز، ك، ق، ط (فيها) بدل (فيه) والثانية أنس؛ لأن المقار لفظ مذكر.
- (٣) في ش، ز، ح، أ، ك، ق، ط زيادة (قسمة) وهي توضح المعنى.
- (٤) انظر البدائع ج ٩ ص ٤١٢٣، والمبسوط ج ١٥ ص ١٧، والنهاية ج ٨ ص ٦٣٩، والعيادة بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٣٦٠، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٧٠.
- (٥) ذلك أنه يجوز قسمة البيتين قسمة جمع، سواء كانا متصلين أو منفصلين، وكذا المنزلان المتصلان، عند الثلاثة. (انظر البدائع ج ٩ ص ٤١٢٣). والفرق بين الدار، والبيت والمنزل، أن الدار هو الذي يدار عليه الحائط، ويشتمل على جميع ما يحتاج إليه من مساكن الإنسان، والدواب والمطبخ، والكنيف، وغير ذلك، والبيت هو اسم لسقف واحد له دهليز، والمنزل: هو ما يشتمل على صحن مسقف وبيتين أو ثلاثة، فهو دون الدار، وفوق البيت. (انظر التعريفات الفقهية ص ٢١١، ص ٢٨٩، ٥١٠ أنيس المقهاء ص ٢١٧).
- (٦) في ز، ح، ك، ق، ط، أ زيادة (على) وهي توضح المعنى.
- (٧) (ذلك) سقطت من ش، وذكرها أفضل لزيادة الإيضاح. (نظر المبسوط ج ١٥ ص ٣٦، والنهاية ج ٨ ص ٦٣٥، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٦٩، والبدائع ج ٦ ص ٤١٢٢).
- (٨) في ق، ز زيادة (أن الجنس متحد) وهي زيادة توضح المعنى، وهي قد ذكرت في المسألة السابقة.
- (٩) لأنه يجوز فيها قسمة الغنم، أو البقر، أو الإبل إذا اتحد الجنس، فلا يجوز قسمة المم مع

له: أن القيمة^(١) في الرقيق بمعانيها^(٢) الباطنة، ولا وقوف عليها، فلا يمكن التسوية، والتعديل، بخلاف الإبل، والبقر والغنم؛ لأن قيمتها لمعانيها الظاهرة، والوقوف عليه^(٣) ممكن^(٤).

١٦٣٢- قال (أبوحنيفة): لا حريم^(٥) للنهر عنده^(٦) خلافاً لهما^(٧)

ونذكره في كتاب الشرب^(٨).

١٦٣٣- قال (أبوحنيفة): إذا صار له بعض الدار بالقسمة، فباعه، ونى فيه^(٩)

المشتري، ثم وحد فيه عيباً، ورجع على بائعه بالنقصان؛ لم يرجع السائغ على شريكه^(١٠) بشيء، ولم يحد خلافاً^(١١). وقيل هو قول أبي حنيفة استشهدا بما قال في كتاب الصلح: إذا باع جارية، وهلك^(١٢) عند

القر، أو مع الإبل، وذلك عد الثلاثة.

(انظر المبسوط ج ١٥ ص ٣٦، والبنية ج ٨ ص ٦٣٢، والدائع ج ٩ ص ٤١٢٢).

(١) في ش، ق، ط (القسمة) بدل (القيمة) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) في ق، ط (لمعانيها) بدل (بمعانيها) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ر، ح، ق (عليها) بدل (عليه) والأولى أفضل لدلالها على لفظ مؤنث وهو (معناها).

(٤) في ش، ك (وذا يوقف عليه) بدل (والوقوف عليه ممكن) والعبارة الثانية أكثر وضوحاً من الأولى.

(٥) الحريم هو الحمى. (طلبة الطلبة ص ٣١٣، والتعريفات الفقهية ص ٢٦٣).

(٦) في ق (عده للنهر) بدل (للنهر عنده) والمعنى واحد.

(٧) انظر المبسوط ج ١٥ ص ٣١، ج ٢٣ ص ١٧٦، ومختصر الطحاوي ص ١٣٥، والساية ج ٩

ص ٤٥٥ وما بعدها، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٣٨، وقال في تبيين الحقائق: وذكر في

كشف الغوامض أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبه - رحمهم الله - في مهر كبر لا

يحتج فيه إلى الكري في كل حين، أما الأنهار الصغار يحتاج فيه إلى كبرها في كل وقت،

فيها حريم بالاتفاق. (ج ٦ ص ٣٩).

(٨) انظر المسألة ١٩٢٤.

(٩) في ش، ق (فيها) بدل (فيه) ويجوز فيها التذكير والتأنيث.

(١٠) في ش، ز، ح، ك، ط، أ (شركائه) بدل (شريكه) والمعنى معهما واحد.

(١١) انظر المبسوط ج ١٥ ص ٤٣.

(١٢) في ش، ز، ك، ق، ط (وهلكت) بدل (وهلكت) والمعنى معهما واحد.

المشتري، فاطلع^(١) على عيب بها رجع^(٢) بالنقصان، ثم البائع^(٣) لا يرجع على بائعه^(٤) بشيء عنده. وعندهما يرجع^(٥). وبما قال في^(٦) الدعوى إذا باع حارية ثم باعها المشتري من آخر^(٧)، فاستولدها المشتري^(٨) ثم استحقها رجل، وأخذها^(٩)، وأخذ قيمة الولد؛ رجع على البائع بالثمن، وقيمة الولد، والبائع يرجع على بائعه بالثمن، لا غير عنده^(١٠). ونذكره ثمة^(١١). والله أعلم.

-
- (١) في ش، ز، ك، ق، ط (تم اطلع) بدل (فاطلع) وتؤيدان إلى معنى واحد.
(٢) في ش (يرجع) بدل (رجع) والمعنى معهما واحد.
(٣) في ش، ط، ز، ق (بائعه) وفي ك (بائمه) بدل (البائع) وتؤدي جميعها إلى المعنى المراد.
(٤) وفي ز، ق، زيادة (الآخر). وفي ك زيادة (الأول) والزيادة الثانية أفضل لوضوحها.
(٥) في ق زيادة (المشتري) ولا معنى لهذه الزيادة، انظر المسوط ج ١ ص ٤٣.
(٦) في ق، ط زيادة (كتاب) وهي توضح المعنى.
(٧) في ك (إنساناً) بدل (آخر) والثانية أدق في التعبير عن المراد.
(٨) (المشتري) سقطت من ش، ز، ح. وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.
(٩) (وأخذها) سقطت من ش، ز، ك، ق، ط - وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.
(١٠) (عنده) سقطت من ش، وإثباتها أفضل لبيان أن هذا هو قول أبي حنيفة. وأما عند أبي يوسف ومحمد: فإنه يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً. (انظر المسألة ١٧٢٤، والمسوط ج ١ ص ١٧٨).
(١١) أي في باب أبي حنيفة على خلاف صاحبه من كتاب الدعوى، المسألة (١٧٢٤).

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول أبي يوسف ولا قول لمحمد فيه

١٦٣٤. قال (أبو حنيفة): دار بين رجلين اقتسماها، فأخذ أحدهما الثلث من مقدمها، وقيمته ستمائة^(١)، وأخذ^(٢) الآخر الثلثين من مؤخرها، وقيمته ستمائة، ثم استحق نصف نصيب أحدهما مشاعاً، لا تبطل القسمة، والمستحق عليه بالخيار إن شاء أبطل القسمة، واستأنف، وإن شاء رضي بعيب الشركة، ورجع على شريكه بربع ما في يده.

وقال أبو يوسف: تبطل القسمة، وتستأنف فيما بقي بينهما. ومحمد مع أبي حنيفة في رواية أبي حفص، ومع أبي يوسف في رواية أبي سليمان^(٣).
له: أن استحقاق نصف الدار كلها شائعاً يبطل القسمة، فكذا استحقاق نصف نصيب أحدهما.

لأبي حنيفة: أن الاستحقاق لم يوجب شيوعاً في نصيب الآخر، فلا تبطل القسمة، كما في استحقاق بعضه مقسوماً، بخلاف استحقاق نصف الجملة شائعاً؛ لأنه ظهر شريك ثالث، فلو لم يبطل احتاج إلى قسمة ما في يد كل واحد منهما، فيتفرق نصيبه، وإنما يرجع بربع ما في يد شريكه، لأنه لو استحق كل ما في يده، يرجع بنصف ما في يد شريكه، فإذا استحق نصيبه، رجع^(٤) بنصف^(٥) ذلك.

(١) في ط زيادة (درهم) وهي تميز لعدد.

(٢) (أخذ) سقطت من ز، وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.

(٣) انظر البدائع ج ٩ ص ٤١٢٨، والبنية ج ٨ ص ٦٧٣، والمبسوط ج ١٥ ص ٤٤، والعناية بهامش فتح القدير، ج ٨ ص ٣٧٣ وما بعدها.

(٤) في ز، لك، ق، ط (يرجع) بدل (رجع) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ط (يرجع) بدل (نصف) واللفظتان جائزتان باعتبار أن المراد بالأولى (ربع ما في يد شريكه) والمراد بالثانية نصف ما يرجع له لو استحق كل ما في يده.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٦٣٥- قال (أبيوسف): إذا اقتسم الورثة بغير أمر القاضي وبعضهم غيب، فالقسمة موقوفة على إجازة الغائب، فإن مات الغائب قبل أن يجير، فأجار ورثته؛ جاز استحساناً.

وقال محمد: لا يحوز قياساً^(١).

لمحمد: أن القسمة توقفت على إجازته، فلا ينفذ بإجازة غيره، كالبيع لأبي يوسف: أن القسمة الأولى لو بطلت، فلهم أن يستأنفوا قسمة أخرى بالتراضي، وقد تراضوا على هذه القسمة فيحوز.

١٦٣٦- قال (أبيوسف): للنهر حريم عندهما: فإذا اختلفا فيه^(٢) يمسح بطن النهر، فيجعل نصفه من جانب ونصفه من جانب عند أبي يوسف. وقال محمد: يقدر^(٣) بطن النهر من كل جانب^(٤).

لمحمد: أنه قد لا يمكن إلقاء التراب من الجانبين، فيحتاج إلى إلقائه في أحد طرفيه، فيقدر كل طرف بطن النهر. لأبي يوسف: أن المعتبر^(٥) الحاجة الغالبة، وذلك بنقل ترابه عند

(١) انظر المبسوط ج ١٥ ص ٢٦.

(٢) (فيه) سقطت من ك، ق، ط. وذكرها أفضل لإيضاح المعنى.

(٣) في ش (يعتبر) بدل (يقدر) والثانية أنسب لأداء المعنى. وفي ز زيادة (يقدر) وهي توضيح المعنى.

(٤) انظر المبسوط ج ٢٣ ص ١٧٦، إلا أنه ذكر أن حريم النهر عندهما بقدر عرض النهر من الجانبين، وانظر الناية ج ٩ ص ٤٥٦، ٤٥٧، وتكملة فتح القدير ج ٩ ص ١٢، وتيسر الحقائق ج ٦ ص ٣٩، وفي هذه المصادر ذكروا الخلاف كما أورده المؤلف ها.

(٥) في ك زيادة (هو) وفي ط زيادة (هي) ولا أثر لها في تمييز المعنى.

الكري^(١) إلى حافتيه، فيكفي^(٢).

(١) وكري النهر حفره وتنظيفه، وجعل الحجارة على جانبيه (انظر لسان العرب ج ١٥ ص ٢١٩).

(٢) في ر، ش، ح، ك، ق، ط (فيكتفى به) بدل (فيكفي) والأولى أبلغ في الدلالة على المعنى المراد.

باب ما تفرد كل واحد من أصحابنا الثلاثة فيه بقول على حدة

١٦٣٧- قال (أبوحنيفة): العلو الذي لا سفل له، والسفل الذي لا علو له،
يحسب^(١) في القسمة ذراع من الأسفل^(٢) بذراعين من العلو.
وقال أبو يوسف: ذراع بذراع^(٣).
وقال محمد: بالقيمة.

له: أن المنافع تفاوت، فيقع التعديل بالتقويم.
لأبي يوسف: أن القسمة إفراز الأنصباء، وهي الأعيان^(٤)، لا القيمة^(٥)،
ومنافعها^(٦) السكنى، وهما في ذلك سواء^(٧)، على اعتبار الأصل.
لأبي حنيفة: أن منفعة السفلى ضعف منفعة العلو؛ لأن العلو يفوت نفوات
السفل، والسفل لا^(٨).

-
- (١) في ز، ح، ك، ط (يحسب) بدل (يحسب) والمعنى معهما واحد.
(٢) في ش، ر، ح، ك، ق، ط، أ (السفل) بدل (لأسفل) والأولى هي الأفضل لشيوخنا في
الاستخدام.
(٣) انظر المبسوط ج ١٥ ص ١٦، وفتح القدير ج ٨ ص ٣٦٧، والبيان ج ٨ ص ٦٥٩،
والبدائع ج ٩ ص ٤١٣٥.
(٤) في ك (للاعتبار) بدل (الأعيان) والثانية أنسب للمعنى.
(٥) في ش، ح، ك، ق، أ (القيم) بدل (القيمة) والأولى أفضل، لأنها جمع يابس ما قلناه
(٦) في ش، ز (ومنافعها) بدل (ومنافعها) ولأولى أفضل لدلائلها على السفل والعلو، وهما
متنى.
(٧) في ش، ز، ق زيادة (بسواء) ولا أثر لهذه الزيادة
(٨) في ك زيادة (لا يموت نفواته؛ لأنه أصل) وفي ق زيادة (لا يموت العلو) وماتان الزيدتان كل
صهما يوضح المعنى.

كتاب الإجازات

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٦٣٨- قال (أبو حنيفة): الأجير المشترك^(١) إذا هلك^(٢) العين في يده، من غير فعل؛ لا يضمن.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو مضمون عليه^(٣)، إلا فيما لا يمكن الحرز عنه، لعله سرق غالب، أو حرق غالب؛ أو غرق غالب^(٤).

لهما: أن الحفظ معقود عليه، كالعمل، فيتقيد^(٥) بالسلامة عن^(٦) أسباب الهلاك، كفس العمل، وهو الدق مثلاً، بخلاف أجير الواحد، لأن العقود عليه نفسه، لا غير.

له: أن العين أمانة في يده؛ لأنه قبضه بإذن مالكة، ولو هلك بحرق غالب لا^(٧) يضمن، والأمين لا يضمن إلا بالجناية. وقوله^(٨) الحفظ معقود عليه،

(١) الأجير المشترك هو من يعمل لغير واحد، ولا يستحق أجره، حتى يعمل، كالتقاضي، والصاغ، والإسكافي. (انظر البناية ج ٧ ص: ٩٧٦، وطلبه الطلبة ص ٢٥٤، التعريفات المقننة ص ١٦٠، المبسوط ج ١٥ ص ٨٠، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٣٤).

(٢) في ش، ر، ك، ق، ط (هلك) بدل (هلك) والثانية أفضل، لدلائلها على مؤث

(٣) (عليه) سقطت من ك. والمعنى لا يتم بدونها.

(٤) في ش، ز، ك، ق، ط (كغلبة سرق أو حرق أو غرق) وفي ح، أ (لعله سرق، أو حرق، أو غرق) بدل (لعله سرق غالب، أو حرق غالب، أو غرق غالب) وجميعها تؤدي إلى المعنى.

(انظر المبسوط ج ١٥ ص ٨٠، والبناية ج ٧ ص ٩٧٧، والعناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٧٢، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٣٤، والبدائع ج ٦ ص ٢٦٤٤).

(٥) في ط زيادة (الشرط) وهي توضح المعنى.

(٦) وفي ز، ق، ط (من) بدل (عن) والأولى أبلغ في أداء المعنى، إذ السلامة تكون من الشيء، لا عنه.

(٧) في ط (لم) بدل (لا) والمعنى معهما واحد.

(٨) في ط زيادة (أن) وهي توضح المعنى أكثر.

ليس كذلك؛ لأن المذكور هو العمل، دون الحفظ، إلا أن العمل لا يحصل إلا بالحفظ، فنثبت ولاية الحفظ، لا أن تجب.

١٦٣٩- قال (أبو حنيفة): إذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب اليوم فبدرهم^(١).

وإن خطته غداً فبنصف درهم؛ صح الشرط الأول، دون الثاني، حتى لو خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر المثل، لا يجاوز به نصف درهم^(٢)، ولا ينقص عن نصف درهم^(٣).

وقال أبو يوسف ومحمد: صح الشرطان جميعاً^(٤).

لهما: إنهما عقدان ببديلين مختلفين، فيصح كلاهما، كما إذا قال: إن خطته رومياً، أو فارسياً -

له: إن الشرط الأول لا غرر فيه^(٥)، والثاني فيه^(٦) غرر، لأنه إنما يوجد

(١) في ز، ك، ق، ط (فلك درهم) بدل (فبدرهم) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ط (الدراهم) بدل (نصف درهم) والأولى هي الرواية عن الكرخي.

(٣) في ح (وينقص منه) بدل (ولا ينقص عن نصف درهم) والعبارة الثانية أوضح. وفي ح أيضاً زيادة (وروي): لا يزداد على درهم وينقص من النصف - وهو اختيار الكرخي - ولا يزداد على درهم، ولا ينقص عن درهم - وهو رواية الجامع الصغير والصحيح أن اختيار الكرخي هو ما ورد في نسخة الأصل، وهو الذي أثناه. (انظر الفقرة التالية)، وفي أ (درهم) بدل (نصف درهم) والمعنى لا يستقيم بها.

(٤) رواية الجامع الصغير: إذا خاطه اليوم فله درهم، وإذا خاطه غداً فله أجر مثله، لا ينقص من نصف درهم، ولا يزداد على درهم، عند أبي حنيفة. واختيار الكرخي: أنه لا يجاوز به نصف درهم، أو ينقص من نصف درهم، كما ذكره المصنف، لا كما ورد في نسخة ح. ورجح في الناية رواية الكرخي، وقال: هي الرواية الصحيحة. (انظر الجامع الصغير ص ٣٦٢، المسوط ج ١٥ ص ١٠٠، والبنية ج ٧ ص ٩٩٢، وفتح القدير ج ٨ ص ٧٠، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٣٩، والبدائع ج ٥ ص ٢٥٨٤، ٢٥٨٥) وانظر (المسألة ١٦٥٩).

(٥) مي ق زيادة (لأنه لو لم يذكر اليوم، وخاطه غداً يستحق بالشرط في اليوم الأول، معار كأنه قال: إن خطته غداً فلك درهم، أو نصف درهم، كانت الإجارة فاسدة، فيجب أجر العثل، ولأن هذا تعليق البراءة عن بعض الأحر، بالشرط، وتعليق البراءة بالشرط لا يصح) وفيها زيادة إيضاح للمعنى.

(٦) (والثاني فيه) سقطت من ش، ق، وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

يقول الخياط: خطته اليوم^(١). ولأنه اجتمع في اليوم الثاني عقدان بدرهم، ونصف درهم، ولأنه لو اقتصر على اليوم^(٢) الأول وخاطه في اليوم الثاني، يستحق درهماً^(٣)، بخلاف^(٤) الرومية، والفارسية^(٥).

١٦٤٠- قال (أبوحنيفة): إجارة المشاع لا تجوز.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز^(٦).

لهما: أنه نوع تملك، فيجوز في المشاع^(٧)، كالبيع، وكما إذا أجر داره من اثنين، وكما لو أجر من شريكه.

له: أنه عقد تعرى عن غرضه ومقصوده؛ لأن الغرض: هو الانتفاع بالمشاع، وأنه لا يتصور وحده، فلا بد من التهايز^(٨)، فيصير كل واحد منهما

(١) في ز، ق (بعدم خبطه اليوم) وفي ش، ك (بفوات خياطه اليوم) وفي ط (بفوات اليوم الأول) بدل (يقول الخياط: خطته اليوم). والمبارات الثلاث الأولى تتضمن غرزا، والمارة الأخيرة تتضمن غرزا آخر.

(٢) (اليوم) سقطت من ك، ق، ط، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٣) في ط (أجر المثل) بدل (درهماً) والصواب أجر المثل كما ورد في أول المسألة، وأجر المثل في الرواية الصحيحة لا يزداد على نصف درهم، وأما رواية الجامع الصغير فأجر المثل في هذه المسألة لا يجاوز به درهماً، ولا ينقص من نصف درهم. (انظر البدائع ج ٥ ص ٢٥٨٥).

(٤) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ زيادة (الخياطة) وهي توضح المعنى.

(٥) في ط زيادة (لأن ثمة الآخر يحب بمقابلة العمل، وإذا عمل صار العمل معلوماً) وهي توضح المعنى، وقوله إن خطته رومياً فبدرهمين، أو فارسياً قدرهم؛ جائز باتفاق الثلاثة (تبين الحقائق ج ٥ ص ١٣٨).

(٦) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٥٦٩، ٢٥٨٦، والمبسوط ج ١٥ ص ١٤٤، ١٤٥، ولتأني ج ٧ ص ٩٤٣، والعناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٤١، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٢٥، ١٢٦.

(٧) في ط زيادة (وغيره) وهي تفصل المعنى.

(٨) في ك، ق، ط (لو) بدل (إذا) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(٩) وفي ك (المهاياة) بدل (التهايز) والمعنى معهما واحد. والمهاياة أو التهايز مقاسمة المنافع، وهي أن يتراضى الشريكان أن يتنفع أحدهما بهذا النصف الممرر، والآخر بذلك النصف، أو هذا بكله في وقت معين، وذلك بكله في وقت معين. (طلحة الطنطا ص ٢٥٩).

نائبًا عن الآخر في نصف نوبته^(١)، والمالك لا يصلح نائبًا عن المستأجر في الانتفاع، بخلاف ما إذا^(٢) أجز من اثنين، ومن شريكه؛ لأن كل واحد منهما يصلح نائبًا عن صاحبه^(٣).

١٦٤١- قال (أبو حنيفة) إذا استأجر ظنيرًا^(٤) بطعامها^(٥)، وكسوتها، مدة معلومة^(٦)، ولم يزد على هذا؛ يجوز استحسانًا.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز قياسًا، ولها أجر مثلها، إذا أَرْضَعَتْ^(٧).
لهما: أن الأجرة مجهولة.

له: إنها^(٨) جهالة لاتفضي إلى المنازعة؛ لأن الظاهر أنه لا يضابقها فيما تريد لخير^(٩) الولد، فلا يوجب الفساد في العقد^(١٠).

١٦٤٢- قال (أبو حنيفة): إذا استأجر دارًا، سنة، أو سنتين، أو شهرًا، مسماة، وقد مضى بعض الشهر، يحسب^(١١) كل شهر بالأيام ثلاثين يومًا، والسنة^(١٢) ثلثمائة وستون يومًا.

(١) في ز، ح، ك، ق، ط، أ (في النصف في نوبته) بدل (في نصف نوبته) والعبارة الأولى أفضل لاكتمالها، ودلالتها على المعنى بوضوح.

(٢) في ك، ق، ط (لو) بدل (إذا) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش، ز، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف). وفي ك زيادة (وتتمامه يعرف في طريقة الخلاف) وفي ق زيادة (وقد عرف) وهذه الزيادات توضح مكان ورود هذا الخلاف. (انظر المختلف الورقة ١٣٩)

(٤) أي مرضعة. (التعريفات الفقهية ص ٣٦٦).

(٥) في ط زيادة (وشراؤها) ولا أثر لهذه الزيادة.

(٦) (مدة معلومة) سقطت من ق، ط، وذكرها أفضل لاكتمال المعنى.

(٧) انظر الجامع الصغير ص ٣٦٠، والمبسوط ج ١٥ ص ١١٩، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٢٧، والبناء ج ٧ ص ٩٥٢.

(٨) في ك، ق، ط (أنه) بدل (إنها) والثانية أفضل؛ لأن الجهالة لفظ مؤنث.

(٩) في ش، ز، ك، ق، ط (لحب) بدل (لخير) والثانية أنسب للمعنى، إذ ليس من الضروري أن تحب الولد، ولكنها غالبًا تسعى لخيره.

(١٠) في ش، ز، ك، ق، ط (فساد العقد) بدل (الفساد في العقد) والمعنى واحد.

(١١) في ز، ك، ق، ط (يحسب) بدل (يحسب) وتؤديان إلى المعنى المراد.

(١٢) في ط (وكل سنة) بدل (والسنة) والمعنى معهما واحد.

وقال أبو يوسف ومحمد: تعتبر الشهور المتخللة بالأهلة، ويكمل الأول ثلاثين يوماً بالآخر^(١).

لهما: أن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة إذا أمكن، وقد أمكن في الشهور المتخللة، وتعد في الأول^(٢)، فيكمل بالآخر.

له: أن الشهر الذي وقع العقد فيه^(٣) يجب تسميته بالشهر الذي^(٤) يليه، فينتقض الذي يليه، فيكمل بالثالث، وكذلك الكل. وعلى هذا العدة والأجل، ونحوهما.

١٦٤٣- قال (أبو حنيفة): إذا اكترى دابة، فضربها في السير، أو كبها بلجام^(٥)، فعطبت - ضمن - وهو القياس -.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن - وهو الاستحسان^(٦) -.

لهما: أن الضرب في السير^(٧) معتاد، فكان مأذوناً فيه.

له: أنه فعل بغير إذن صاحبها فيضمن، كدق القصار إذا أتلّف الثوب^(٨)، وما ذكرنا من العادة، فمشاركة؛ لأن البعض^(٩) يعتادون^(١٠) السير بتحريك

(١) في ش، ط (بالأجرة) وفي ط (الآخرة) بدل (بالآخر) روي عن أبي يوسف روايتان: الأولى مثل قول أبي حنيفة، والثانية مثل قول محمد: (انظر: المبسوط ج ١٥ ص ١٣٣، والبنية ج ٧ ص ٩٣٤، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٢٣، والعناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٣٨).

(٢) في ش (ويقدر بالأول) بدل (وتعذر في الأول) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) في ق (في العقد) وفي ش، ز، ك، ط (فيه العقد) بدل (العقد فيه) والثانية والثالثة تؤيدان إلى المعنى المراد.

(٤) في ز، ح، ك، ق، ط، أ (بالذي) بدل (بالشهر الذي) والثانية أوضح.

(٥) في ك (بلجامها) بدل (بلجام) والمعنى معهما واحد.

(٦) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٣، والبنية ج ٧ ص ٦١٥، والعناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٢٩، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١١٨، والبدائع ج ٦ ص ٢٦٥١.

(٧) في ك (المسير) بدل (السير) والمعنى واحد.

(٨) (الثوب) سقطت من ك، والإثبات أفضل لاكتمال المعنى.

(٩) في ك، ق (بعض الناس) بدل (البعض) والمعنى واحد.

(١٠) في ط (يعتاد) بدل (يعتادون) ويجوز التعبير بكلا اللفظين.

الرجل - والصياح فلا يثبت الإذن بالشك. وعلى هذا الأصل^(١) ضرب الأب ابته^(٢) الصغير للتأديب.

عندهما: لا يضمن؛ للحاجة إلى ذلك للتأديب^(٣).

وعنده: يضمن، لأن التأديب قد يقع بالزحر، والتعريك^(٤).

١٦٤٤- قال (أبوحنيفة): الذمي إذا استأجر^(٥) بيتًا من مسلم ليبيع فيه الخمر، أو استأجر مسلمًا ليحمل له خمرًا، أو يرعى^(٦) له^(٧) خنازيره، أو دابة، أو سفينة [لحملها]^(٨)؛ جاز.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز^(٩).

لهما: أنه استأجره^(١٠) على المعصية، فلا يجوز.

له: أنه استأجر على عمل معلوم، بأجر معلوم، فيجوز، وأما المعصية قلنا: نفس الحمل والوضع ليس بحرام، فإنه يحل حملها للإراقة والتخليل، وإنما بقصد^(١١) حمله للشرب، والعقد يرد على العلم، لا على القصد، وفي البيت يجب عليه^(١٢) الأجر لمجرد التسليم، ولا^(١٣) معصية فيه.

(١) في ش، ك، ط (الخلاف) بدل (الأصل) والمعنى معهما واحد، وكلمة (الأصل) سقطت من ز، ق، ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٢) في ط (الأب إذا ضرب ابته) بدل (ضرب الأب ابته) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ك، ز، ق (في التأديب) بدل (للتأديب) والمعنى معهما واحد. وكلمة (للتأديب) سقطت من ط. وإثباتها أفضل لبيان سبب الحاجة.

(٤) التعريك: فرك الأذن. (هامش نسخة ح. الورقة ١٥٩).

(٥) في ش، ز، أ، ح، ك، ق، ط (ذمي استأجر) بدل (الذمي إذا استأجر) المعنى واحد.

(٦) في ز، ق (ليرعى) بدل (يرعى) والأولى أفضل لاشتمالها على اللام المينة لسبب الاستئجار.

(٧) (له) سقطت من ش، ز، ح، ق، ط، وإثباتها يزيد المعنى وضوحًا.

(٨) في الأصل ح، ق، ط، أ (يحملها) بدل (لحملها) والثانية أنسب لاستقامة المعنى.

(٩) انظر المبسوط ج ١٦ ص ٣٨.

(١٠) في ش، ز، ك، ق، ط (استأجر) بدل (استأجره) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(١١) في ش، ك، ق، ط زيادة (وإنما يحرم) وفي ز زيادة (وإنما الحرام) وهاتان الزيدتان كن معهما يوضح المعنى.

(١٢) (عليه) سقطت من ز، ك، ق، ط ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(١٣) في ز، ق (فلا) بدل (ولا) والأولى أفضل.

١٦٤٥. قال (أبوحنيفة): إذا استأجر طريقًا ليمر فيه في دار رجل، ولم يسن موضع الطريق، لا يجوز.

وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز، وهي مسألة إجارة المشاع^(١). وكذا إذا استأجر علو منزل ليمر عليه.

وفي بعض الروايات قال: ليبنى عليه، وقيل هو خطأ؛ لأنه للبناء يجوز بالإجماع، لعدم الشبوح، وقيل: هو صحيح، وهو محمول على ما إذا كان العلو لرجل والسفل لآخر. وفي هذا ليس لصاحب العلو أن يبنى فيه عده، لما عرف^(٢)، وليس^(٣) له أن يؤاجر غيره ليبنى.

١٦٤٦. قال (أبوحنيفة): إذا استأجر رجلًا ليخبر له هذه العشرة الأفقزة اليوم بدرهم، أو ينقل له طعامًا معلومًا اليوم من موضع إلى موضع - فالإجارة فاسدة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز، ويقع العقد على العمل، حتى لو فرغ منه نصف النهار؛ فله كل الأجرة^(٤)، ولو^(٥) لم يفرغ^(٦)؛ فعليه العمل في الغد^(٧).

لهما: أن هذا عقد على عمل معلوم، إلا أن ذكر الوقت للتعجيل، فصار كما لو استأجره ليعمل بدرهم، وشرط عليه أن يفرغ منه^(٨) اليوم. له: أنه ذكر العمل، وعيّن الوقت، والجمع بينهما غير ممكن؛ لأن عند تعيين الوقت، يصير أجبر الواحد^(٩). وعند ذكر العمل يصير لأحيزًا

(١) انظر المسألة (١٦٤٠)، والمبسوط ج ١٦ ص ٤٣، البدائع ج ٥ ص ٢٥٧٠.

(٢) في ق (لما مر) بدل (لما عرف) والمعنى معهما واحد. انظر المبسوط ج ١٦ ص ٤٣، والبدائع ج ٥ ص ٢٥٧٠.

(٣) في ش، ز، ك، ط (فليس) بدل (وليس) والثانية أنسب، لأنها معطوفة على (ليس) الأولى.

(٤) في ش، ك، ط (الأجر) بدل (الأجرة) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ش (فلو) بدل (ولو) والثانية أنسب للسياق.

(٦) في ز، ك، ق، ط (اليوم) وهي توضح المعنى.

(٧) انظر المبسوط ج ٧ ص ٩٦٣، والبدائع ج ٥ ص ٢٥٨١، والمبسوط ج ١٦ ص ٤٤.

(٨) (منه) سقطت من ش، ك، ط، وإثباتها أفضل لزيادة إيضاح المعنى.

(٩) في ط (الوحد) وفي ز، ك، ق (وجد) بدل (الواحد) والثالثة أنسب للمعنى.

مشتركاً^(١)، وأحكامها مختلفة^(٢)، وليس أحدهما أولى من الآخر، فيفسد.
 روى^(٣) هشام عن محمد: أنه قال - في قول أبي حنيفة: إنما يفسد إذا قال:
 على أن يعمل اليوم، حتى يعين^(٤) مدة، فأما لو^(٥) قال: في اليوم، يجوز؛
 لأنه ظرف، لا مدة، وكذا^(٦) لو استأجر دابة من الكوفة إلى بغداد^(٧): فهو
 على هذا الخلاف.

١٦٤٧- قال (أبوحنيفة): إذا استأجر رجلاً ليلتين له كذا، لبناء في داره، فأفسده
 المطر قبل أن يرفعه، أو انكسر فلا أجر له: لعدم التسليم، فإن أقامه، ولم
 يشرجه^(٨)، فعند أبي حنيفة: هو التسليم^(٩).

وقال أبو يوسف ومحمد: التشريع من تمام التسليم^(١٠).

لهما: أن المتعارف هذا، فكان عليه، كالإقامة.

له: أن الواجب^(١١) بالعقد التلبيّن، وهذا ليس من اتخاذ اللبن، فلا يكون
 عليه، كالحمل إلى بيته إذا لُتّن في بيت غيره^(١٢).

١٦٤٨- قال (أبوحنيفة): إذا استأجر داراً على أنه إن سكنها بأجرة، فبدرهم^(١٣)،

(١) في الأصل (أجير مشترك) وهو خطأ في النحو، وفي (أجير المشترك) بدل (أجيراً مشتركاً)
 والثانية هي الصواب للامة تركيبها.

(٢) في ش (مختلف) بدل (مختلفة) والثانية هي الصواب لدلالاتها على لفظ مؤنث وهو
 (أحكامها).

(٣) في ز، ك، ق، ط (وروي) بدل (روي) والمعنى واحد.

(٤) في ك، ق، ط (تصير) بدل (يعين) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) في ط (إذا) بدل (لو) ومعناها واحد.

(٦) في ك، ط (وكذلك) بدل (وكذا) والمعنى واحد.

(٧) في ش، ز، ك، ق، ط زيادة (ثلاثة أيام) وهي تكمل المعنى. (انظر البدائع ج ٥ ص ٥٨١).

(٨) أي ينضدها ويصم بعضها إلى بعض، (البنية ج ٧ ص ٨٩١).

(٩) في ز، ح، أ، ك، ق، ط (تسليم) بدل (التسليم) والأولى أنسب للمعنى.

(١٠) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٦٣٣، والبنية ج ٧ ص ٨٩١، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١١٠،
 والعناية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٢٠، والمبسوط ج ١٦ ص ٥٧.

(١١) في ك، ق، ط زيادة (عليه) وهي تزيد من وضوح المعنى.

(١٢) في ز، ح، ك، ق، ط (في غير بيته) بدل (في بيته غيره) والمعنى معهما واحد.

(١٣) في ش، ز، ك، ق، ط (بأجرة درهم) بدل (بأجرة فدرهم) والمعنى واحد معهما، وفي

وإن أقعد^(١) فيها حداذا، أو قصارًا أو نصب فيها رخًا - فبدرهمين^(٢)، أو استأجر دابة إلى موضع كذا - على أنه إن حمل عليها حنطة، فبدرهمين^(٣) - وإن حمل شعيرًا، فبدرهم^(٤). أو شرط ذلك في الأرض بزراعة حنطة، أو سمسم؛ فسدت الإجارة في قول أبي حنيفة أولاً، وهو قول أبي يوسف ومحمد. وقال آخراً: جاز^(٥).

لهما: أن المعقود عليه واحد، وهو تسليم المحل، بدليل أنه لو سلم، ولم يسكن، ولم يحمل، ولم يزرع؛ يجب [الأجر]^(٦)، [والأجران]^(٧) مختلفان، ولا بدري أيهما يجب، ففسدت^(٨) الإجارة.

له: أن أقل الأجرتين تجب بتسليم المحل، والزيادة موقوفة على ظهور العمل، ولو كان كل الأجر موقوفًا على ذلك^(٩) - كما في مسألة^(١٠) الخياطة^(١١) الرومية والفارسية - جاز^(١٢)، فهذا أولى^(١٣).

ح (على أن يسكنها بأجرة درهم) بدل (على أنه إن سكنها بأجرة فبدرهم) والثانية أفضل لوصوحها.

- (١) في ش (أسكن) بدل (أقعد) والثانية أبلغ في أداء المعنى، لأن إسكانه غير إقعاده.
- (٢) في ش، ز، ق (فأجرها درهمان) وفي ح، ك (درهمان) وفي ط (فأجره درهمًا) بدل (فدرهمين) والمعنى واحد مع جميع هذه الألفاظ.
- (٣) في ش، ز، ق، ط (فدرهمان) بدل (فبدرهمين) والمعنى معهما واحد.
- (٤) في ش، ز، ح، أ، ك، ق، ط (فدرهم) بدل (فبدرهم) والمعنى معهما واحد.
- (٥) انظر المبسوط ج ١٦ ص ٤٥، والبدائع ج ٥ ص ٢٥٨٣ وما بعدها.
- (٦) سقط ما بين القوسين من الأصل، وذكرها أفضل لتام المعنى.
- (٧) في الأصل (فالأجران) ولا تستقيم العبارة بهذا.
- (٨) في ش، ز (فسدت) وفي ط (فتفسد) بدل (فسدت) والثانية والثالثة أنسب للمعنى، وتؤيدان إلى معنى واحد.
- (٩) في ش، ط زيادة (جائز) وهذه الزيادة تناسب ما ورد في نفس النسخة حيث حذفت جاز بعد الجملة الاعتراضية.
- (١٠) في ز، ط زيادة (الإجارة في) وهي توضح المعنى.
- (١١) في ك (خياطة) بدل (الخياطة) والثانية أنسب للسياق.
- (١٢) في ز، ق (صحت الإجارة) بدل (جاز) وتؤيدان إلى معنى واحد. وكلمة (جار) سقطت من ط. وسقطها بتناسب مع ما جاء في نفس النسخة (انظر الفقرة قبل السابقة).
- (١٣) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٥٨٣.

١٦٤٩- قال (أبو حنيفة): ولو غصب عبداً، فأجره^(١) العبد نفسه، وقبض الأجر، فأخذه الغاصب، وأكله، لا^(٢) يضمن للمالك شيئاً.
وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن^(٣).
لهما: أنه أتلف ملك الغير بغير إذنه.
له: أنه أتلف مالاً غير محرز في حق المالك؛ لأنه في يد الغاصب، ويد الغاصب ليست بمحرزه للمالك عن^(٤) نفسه - أعني الغاصب - فلا يضمن.
١٦٥٠- قال (أبو حنيفة): إذا استأجر رجلاً ليذهب بكتابه إلى بغداد، ويأتي بحوايه^(٥)، فذهب^(٦) فوجده قد مات، فرد الكتاب إلى المستأجر؛ لا^(٧) أجر له^(٨).
وقال محمد: له أجر الذهاب، وذكر الفقيه أبو الليث - قول أبي يوسف مع قول محمد: وغيره ذكره^(٩) مع قول أبي حنيفة^(١٠).
لهما: أن الأجر يقابل الذهاب والإياب^(١١)، دون حمل الكتاب؛ لأنه لا

(١) في أ، ط (فأجر) بدل (فأجره) والأولى أوضح.

(٢) في ط (لم) بدل (لا) والمعنى معهما واحد.

(٣) انظر السنية ج ٨ ص ٣٦٢، والخلاف هنا إذا أجر العبد نفسه، أما إذا أجره الغاصب، فغلته للغاصب؛ لأن وجوب الغلة كان بعقده، ليكون الخراج بالضمان، ولو مات العبد فالغاصب ضامن لقيمه، وله أن يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة؛ لأنها ملكه، وما فضل بعد ذلك يتصدق به في قول أبي حنيفة ومحمد. وقول أبي يوسف الآخر. أما في قوله الأول: الغلة تطيب له. (انظر المبسوط ج ١١ ص ٧٧، والبنية ج ٨ ص ٣٦٠، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٤١).

(٤) في ح (على) بدل (عن) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) في ش (جوابه) بدل (جوابه) والثانية أنسب.

(٦) (فذهب) سقطت من ز. وإثباتها أفضل لريادة الإيضاح.

(٧) في ز، ق، ط (فلا) بدل (لا) والمعنى معهما واحد.

(٨) في ط (أجرة) بدل (أجر له) والثانية أوضح.

(٩) في ش، ز، ح، ك، ط، أ (ذكر) بدل (ذكره) والثانية أنسب.

(١٠) (انظر البدائع ج ٥ ص ٢٦٣٥، والبنية ج ٧ ص ٨٩٨، وتبيين الحقائق، وحاشية الشلبي ج ٥ ص ١١٢).

(١١) (والإياب) سقطت من ك، ق، ط. وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

مؤنة فيه، فلا يقابله الأجر، وقد وجد الذهاب بالكتاب، فيجب بقدره له. أنه أبطل المعقود عليه، فلا يستحق البدل، كما لو استأجر بحمل^(١) الطعام إلى موضع، فحمله، ثم رده إليه. قوله: بأن^(٢) الأجر لا يقابل حمل الكتاب، قلنا، ليس كذلك؛ لأنه أمر مقصود، إن^(٣) لم يكن فيه مشقة، وقد قابل الأجر^(٤)، فإذا نقضه؛ بطل الأجر^(٥).

١٦٥١- قال (أبوحنيفة): إذا اكرى حمارًا بسرج، فنزع ذلك السرج، وأوكف بوكاف^(٦) يوكف بمثله الحمر فهللك، يضمن كل قيمته.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن إلا قدر الزيادة^(٧).

لهما: أن الإذن انعدم في قدر^(٨) الزيادة.

له: أن الإكاف مستعمل بما لا^(٩) يستعمل له السرج، والإكاف يدق أطراف الدابة، والسرج لا، فصار مخالفًا، كما إذا حمل الحديد مكان الحنطة المشروطة.

(١) في ز، ق (استأجره ليحمل) وفي ح، ك، أ (استأجره لحمل) وفي ط (استأجر إنسانا لحمل) بدل (استأجر بحمل) والأولى والثانية والثالثة أنسب للمعنى.

(٢) في ش (فإن) بدل (بأن) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ز، ق (وإن) بدل (إن) والثانية أنسب للسياق.

(٤) في ش (الأجرة به) وفي ز، ح، ق، ك، ط، أ (الأجر به) بدل (الأجر) والأولى والثانية أفضل، لأنهما أكمل.

(٥) في ط (قد بطل الأجر به) بدل (بطل الأجر) والثانية أفضل لاختصارها ووضوحها.

(٦) في ز، ك، ق، ط، أ (بوكاف) بدل (بوكاف) واللفظتان جائزتان، والبوكاف أو الإكاف من المراكب، مثل الرحال، والقتب، تشد على الدابة. (تنظر لسان العرب ج ٩ ص ٨).

(٧) (تنظر الجامع الصغير ص ٣٦٥، والمبسوط ج ١٥ ص ١٧٢، والبدائع ج ٦ ص ٢٦٥٥، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١١٩، البناية ج ٧ ص ٩١٩).

(٨) في ط (في حق قدر) وفي ك (بقدر) بدل (في قدر) والمعنى مع هذه الألفاظ واحد.

(٩) في ز (مستعمل لما لا) وفي ك، ق (مستعمل لما لا) وفي ط (لا يستعمل بما) بدل (مستعمل بما لا) وجميع الألفاظ تؤدي إلى نفس المعنى.

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١٦٥٢- قال (محمد): إذا^(١) استأجر إنساناً ليقتل قاتل وليه^(٢) قصاصاً؛ جاز عند محمد^(٣). ذكر قوله في السير الكبير، وأطلق مهنا.
وقال أبو حنيفة وأبي يوسف: لا يجوز^(٤).
له: أنه عمل معلوم، فصار كذبح الشاة.
لهما: أنه لا تعارف هنا^(٥)، وبها جازت الإجارة^(٦)؛ لأن محله^(٧) غير معلوم^(٨)، بخلاف الذبح؛ لأن محله^(٩) معلوم.

-
- (١) في ق (رجل) بدل (إذا) والمعنى معهما واحد.
(٢) في ش، ز، ق، ط (ابنه) بدل (وليه) والثانية أفضل، لأنها أعم.
(٣) (عند محمد) سقطت من ط، ق. واسقاطها أفضل، لأن الباب باب محمد.
(٤) في ش، ز، ك، ق، ط (وأطلق مهنا الجواب أنه لا يجوز) وفي ح، أ (وأطلق مهنا أنه لا يجوز) بدل (وأطلق مهنا، وقال أبو حنيفة وأبي يوسف: لا يجوز) والثالثة أفضل لاكتمالها.
انظر البدائع ج ٥ ص ٢٥٨٠، ٢٥٩١، والمبسوط ج ١٦ ص ٤٠، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٢٥.
(٥) في ز، ك (في هذه) وفي ق، ط (في هذا) بدل (هنا) والمعنى واحد.
(٦) في ز، ش، ك، ق، ط (والإجازات تجوز بالمتعارف للحاجة) بدل (وبها جازت الإجارة) ولأولى أفضل لتفصيلها للمعنى.
(٧) في ز، ش، ك، ق، ط (محض القتل) بدل (محله) والأولى أوضح.
(٨) في ز، ش زيادة (فلا يكون المقنود عليه معلوماً، والقتل يختلف باختلاف محله) وفي ك، ق، ط، زيادة (والقتل يختلف باختلاف محله) وهاتان الزيادتان ترصدها المعنى أكثر.
(٩) في ر، ش، ق، ك، ط (لأنه متعارف ومحلّه) بدل (لأن محله) والثانية أفضل لوصوحها.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٦٥٣- قال (أبيوسف): المكاتب إذا أجرت، نفسها، أو أمتها طئرا، ثم عجزت، مردت في الرق، لا تنتقض الإجارة.
وقال محمد: تنتقض^(١).

له: أن عقدها واقع لها، فلا يبقى بغيرها^(٢) وهو المولى - كما لو مات الأجر^(٣).

لأبي يوسف: أن هذا العقد ورد على منافعها، وهي مملوكة للمولى من وجه، لقيام ملك الرقبة له، وللمكاتب من وجه، لحرته^(٤)، يذا، فلو صار ملكا له^(٥) من كل وجه بالعنق؛ لا تنفسخ^(٦)، فكذا إذا صار ملكا للمولى من كل وجه بالعجز. وقد ذكرنا^(٧) نظيره في المكاتب إذا وهب له^(٨) في كتاب الهبة^(٩).

(١) انظر المسوط ج ١٥ ص ١٢٣، البدائع ج ٦ ص ٢٦٧٦.

(٢) في ش ر، ك، ق، ط (لغيرها) بدل (بغيرها) والأولى أنسب للمعنى والسياق.

(٣) في ش، ط (الأجير) بدل (الأجر) والمعنى واحد. والمعنى [لها لو ماتت هي] لأنها أجرت نفسها.

(٤) في ز، ق (لحريتها) بدل (لحرته) والثانية أفضل لدلالاتها على المكاتب.

(٥) في ر، ك، ق (لها) بدل (له) والثانية أفضل لدلالاتها على المكاتب.

(٦) في ط زيادة (الكتابة) وفي ز زيادة (الأجرة) والثانية توصل المعنى؛ لأن المسألة هنا حول الإجارة.

(٧) (وقد ذكرنا) سقطت من ش، وذكرها أفضل لاكتمال المعنى. وفي ك (وقد مر) بدل (وقد ذكرنا) والمعنى واحد.

(٨) في ش (المكاتب إذا وهب لها) بدل (المكاتب إذا وهب له) والثانية أفضل لأن التذكير أعم.

(٩) انظر المسألة (١٤٠٨).

١٦٥٤- قال (أبيوسف): إذا استأجر فسطاطاً^(١) فدفعه إلى غيره، إعاره أو إجارة، فنصبه، وسكن فيه - يضمن.

وقال محمد: لا يضمن^(٢).

له: أنه للسكنى، وإذا لا يختلف، كما في الدار.

لأبي يوسف: أن الناس يتفاوتون في نصبه، واختيار مكانه، وضرر أوتاده^(٣)، فصار^(٤) مخالفاً.

١٦٥٥- قال (أبيوسف): الأجرة إذا كانت دراهم في الذمة، فلم^(٥) يشترط التعجيل، ولم تمض المدة، حتى صرفها بدينار؛ لا يجوز.

وقال محمد: يجوز - وهو قول أبي يوسف أولاً^(٦).

له: أن الصرف بالدين لا يتعلق بعينه، بل بمثله، لما عرف، وإذا تعذر بمثله، والصرف يوجبه حالاً، فكان عقدهما عليه اشتراطاً للتعجيل دلالة، كما لو اشترى بالأجرة الدين متاعاً^(٧).

لأبي يوسف: أنه صرف بدين سيجب؛ لأن الأجرة لم تجب في الحال، فصار كما لو اشترى ديناراً بعشرة، وقبض الدينار ولم يسلم الدراهم، حتى رجبت له عليه^(٨)، عشرة^(٩).

١٦٥٦- قال (أبيوسف): إذا استأجر دابة، ثم أنكر الإجارة في بعض الطريق؛ وجب أجر ما كان قبل الإنكار، ولا يجب الأجر بما^(١٠) بعده.

(١) الفسطاط هو بيت الشعر، (لسان العرب ج ٧ ص ٣٧١).

(٢) ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة مع أبي يوسف. (انظر المبسوط ج ١٦ ص ٢٦)

(٣) في ك، ط زيادة (وتقويمه) وهي تزيد المعنى وضوحاً.

(٤) في ك (فكان) بدل (فصار) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ش (فلا) وفي ط (ولم) بدل (فلم) والثانية والثالثة أنسب للمعنى.

(٦) انظر المبسوط ج ٦ ص ٢٦٢٧، والمبسوط ج ١٥ ص ١١٢.

(٧) في ط زيادة (أنه يصير به قصاصاً) وهي تكمل المعنى.

(٨) في ز، ح، ك، ق، أ (عليه له) بدل (له عليه) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ط زيادة (بعقد بعد عقد الصرف) وهي تكمل المعنى وتوضحه.

(١٠) في ش، ز، ك، ق، ط (لما) بدل (بما) والأولى أنسب للمعنى.

وقال محمد: يجب كله^(١).

له: أنه سلم من الاستعمال، فيسقط الضمان، والعقد قائم، وقد انتفع به،
فيجب الأجر

لأبي يوسف: أنه بالجحود صار غاصباً، وضامناً، والأجر لا يجمع كونه
ضامناً^(٢) وإن لم يحصل التلف.

١٦٥٧- قال (أبيوسف): إذا كان الصغير في عيال العم، وله أم، فأجرته من إنسان
- يجوز.

وقال محمد: لا يجوز^(٣).

له: أنه لا ولاية لها، حال قيام العم.

لأبي يوسف: أن هذا من باب الحفظ، ولها^(٤) ولاية الحفظ، مطلقاً^(٥).

(١) انظر المبسوط ج ١٦ ص ٩.

(٢) في ط (غاصباً) بدل (ضامناً) والثانية أنسب للمعنى.

(٣) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٥٦٥.

(٤) في ق، ز (فلها) بدل (ولها) والثانية أنسب للمسياق.

(٥) (مطلقاً) سقطت من ح، وإثباتها أفضل لتأكيد المعنى.

باب ما قاله زفر

١٦٥٨- قال (زفر) : الأجير المشترك لا يضمن ما فسد أو هلك^(١) بعمله، كالدق، والعثور في الطريق في الحمل، وفي الوقوع^(٢) في الماء في سوق الدواب، وفي الوقوع من القنطرة في السوق، أو وطئ بعضهم بعضاً، في حال [التراحم]^(٣) ونحو ذلك.

وعندنا: يضمن^(٤).

له: أنه عمل بإذن المالك، فلا يضمن ما تلف به، كأجير الواحد، كالخباز، والحجام، والقصار إذا قصر أو شمس^(٥).

لنا: أنه أتلّف مال الغير بغير إذنه؛ لأن الإذن يستفاد بالعقد، والمطلوب من العقد العمل المصلح، دون المفسد، بخلاف أجير الواحد؛ لأن المعتقد عليه^(٦) نفسه، لا منافع نفسه، وقد عرف^(٧).

-
- (١) في ش، ز، ك، ق، ط (ما هلك أو فسد) بدل (ما فسد أو هلك) والمعنى معهما واحد.
- (٢) في ش، ز، ك، ق، ط (أو الوقوع) بدل (وفي الوقوع) والمعنى معهما واحد.
- (٣) ما بين القوسين كلمة غير واضحة في الأصل، وقوله (وفي الوقوع من القنطرة في السوق، أو وطئ بعضهم بعضاً في حال) سقط من بقية النسخ الأخرى، وإثباتها أفضل لزيادة التفصيل.
- (٤) نظر البدائع ج ٦ ص ٢٦٤٧، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٣٥، والبنية ج ٧ ص ٩٧٩، ٩٨٠، والميسوط ج ١٦ ص ١٠، وفي ذلك تفصيل: فعند أبي حنيفة إن كان الإنلاف من غير عمله فلا ضمان عليه، وإن كان من عمله فعليه الضمان. وعند صاحبه عليه الضمان سواء كان من عمله أو من غير عمله، وعند زفر: لا ضمان عليه سواء كان من عمله أو من غير عمله. وانظر المسألة ١٦٣٨.
- (٥) في ش، ز، ك، ق، ط (كالخباز والفساد، والحجام) وفي ح، ك، أ (كالخباز، والفساد، والحجام) بدل (كالخباز، والقصار إذا قصر، أو شمس) والأولى والثانية أفصل لدلالاتها على المعنى بوضوح.
- (٦) في ش، ز، ك، ق، ط، زيادة (ثمة نفسه) والزيادة توضح المعنى.
- (٧) في ش، ز، ط، زيادة (تمامه في طريقة الخلاف) وفي ك (وتتمامه بعرف في المختلف).

١٦٥٩. قال (زفر): إذا قال للخياط: إن خطته^(١) اليوم فلك درهم، وإن خطته غدا نصف^(٢) درهم، فسد الشرطان جميعًا، وبين علمائنا خلاف من رجه^(٣) آخر^(٤).

له: أن المعقود عليه واحد، والبدل مختلط^(٥). وجوابه^(٦) مامر في باب أبي حنيفة^(٧).

١٦٦٠. قال (زفر): وإذا قال: إن خطته روميًا، فكذا^(٨)، وإن خطته فارسيًا، فكذا - فسد العقدان^(٩) جميعًا.

وعتدنا: صَحًا جميعًا^(١٠).

له: أن البدل للحال مجهول.

لنا: أنهما عملان مختلفان، ببدلين مختلفين، وكل واحد^(١١) معلوم، فيتعين أحدهما باختياره، فترتفع الجهالة، ولا يقضي إلى المنازعة.

١٦٦١. قال (زفر): إذا استأجر حملاً ليحمل له على ظهره، أو دابته إلى موضع كذا، فحمله بعض الطريق، ثم أوقفه فكسره عمدًا - يضمن قيمته في المكان الذي كسره، ويجب له أجر ما حمل، ولا خيار للمستأجر.

وفي ق (وعرف في طريقة الخلاف). انظر المختلف الورقة (١٣٨).

(١) في ز، ح، ك، ق، أ (خطت) بدل (خطته) والثانية أنسب للسبق.

(٢) في ط (فلك نصف) بدل (نصف) والأولى أوضح.

(٣) (من وجه) سقطت من ش، ك. وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

(٤) في ز، ك، ق زيادة (على مامر) وفي ط زيادة (على مامر في باب أبي حنيفة) والزيادة الثانية أوضحت مكان ورود هذا الخلاف. انظر المسألة (١٦٣٩).

(٥) في ش، ز، ك، ق، ط (مختلف) بدل (مختلط) والأولى أنسب للمعنى.

(٦) في ط (والجواب) بدل (وجوابه) والمعنى واحد.

(٧) في المسألة (١٦٣٩).

(٨) في ز، ك، ق، ط (فلك كذا) بدل (فكذا) والأولى أوضح.

(٩) في ز، ق (الشرطان) بدل (العقدان) والأولى هي الأفضل؛ لأنه عقد واحد، اشتمل على شرطين، كما في المسألة السابقة.

(١٠) انظر النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص ٢٦٣، والمبسوط ج ١٥ ص ١٠٠، والنهاية ج

٧ ص ٩٨٩، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٣٩.

(١١) في ك، ط زيادة (مهما) وهي توضح المعنى.

وعندنا: يتخير المستأجر، إن شاء ضمنه قيمته غير محمول، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته^(١) محمولاً، وأعطاه الآخر^(٢).

له: أنه أتلفه^(٣) في هذا المكان فيضمن قيمته فيه، إلا أنه أوفى بعض العمل، فيستحق الأجر بقدره.

لنا: أنه فات بعض المعقود عليه بتفويته، فصار كالمبيع العين^(٤) إذا فات بعضه^(٥) فيتخير المشتري، لأنه لم يرض بهذا القدر^(٦)، فكذا هذا.

١٦٦٢- قال (أبو حنيفة أولاً، وهو قول زفر): إذا استأجر إبلًا إلى مكة^(٧)، ذاهبًا وراجعًا، ليس للمؤجر أن يطلب بعض الأجر حتى يرجع، وكذا قال^(٨) في إجارة الأرض والدار^(٩)، والعبد للخدمة^(١٠)، ثم رجع أبو حنيفة وقال: كلما سار مسيرًا له من الأجر شيء معلوم، فله أن يأخذ حصته، وكذا^(١١) في سكنى الدار، وخدمة العبد^(١٢).

له: أنه لو^(١٣) لم يسلم جميع المبدل، فلا يطالبه ببذله، كما في بيع العين. لنا: أنه استوفى بعض المعقود عليه، على وجه لا يمكن نقضه، فيجب بقدره من البدل نظرًا له، وتسوية بين العاقلين، كما لو قبض بعض المبيع،

(١) (قيمه) سقطت من ق وإثباتها أفضل لاكتمال المعنى.

(٢) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٦٤٩، والبناء ج ٧ ص ٩٨٣.

(٣) في ش (ألفه) بدل (أتلفه) والثانية أسب للمعنى.

(٤) في ز، ق (المعين) بدل (العين) والثانية أسب للمعنى.

(٥) في ز، ط زيادة (قبل القبض) وهي توضيح المعنى وتكملة.

(٦) في ش، ك (الدر) بدل (القدر) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ز، ق (مكان) بدل (مكة) والأولى أفضل؛ لأنها أعم.

(٨) في ش، ز، ك (قالا) بدل (قال) والأولى أفضل لدلائلها على المعنى وهما. أبو حنيفة زفر.

(٩) في ش، ز، ك، ق، ط (الدار والأرض) بدل (الأرض والدار) والمعنى واحد.

(١٠) في ط زيادة (وهو قول أبي حنيفة أولاً) ولا فائدة لذكرها؛ لذكرها في أول المسألة.

(١١) في ق، ز زيادة (هذا) ولا أثر لها.

(١٢) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٦٢٥، والبناء ج ٧ ص ٨٨٨، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٠٨.

١٠٩، والبناء بهامش فتح القدير ج ٨ ص ١٦.

(١٣) في ش (لو) بدل (لم) والثانية أنسب للمعنى.

واستهلكه، بخلاف الخياط، ونحوه؛ لأن الثوب في يده، فلا يصير شيء من العمل مسلماً إلى المالك.

١٦٦٣- قال (زفر): إذا آجر، أو استأجر^(١) اثنتان جملة، ثم مات أحدهما، فسدت^(٢) حصة الحي.

وعندنا لا تفسد^(٣).

له: أنه صار إجارة المشاع، وأنها فاسدة.

لنا: أن الشيوخ الطاريء لا يفسد الإجارة؛ لأنه لا يصير كالشرط العاسد في العقد، وهو شرط تسليم الباقي له^(٤)، ليتمكن من الانتفاع به، بخلاف المقارن؛ لأنه يصير كذلك.

١٦٦٤- قال (زفر): إذا اكرى دابة [من الكوفة]^(٥)، ثم اختلفا، فقال:

اكريتها إلى القصر بعشرة دراهم، وقال المستأجر: إلى بغداد بعشرة دراهم، ولم يركبها - تحالفاً، وتراذلاً. فإن أقاما البينة، ففي قول أبي حنيفة الأول - وهو قول زفر والحسن - يقضى [بها]^(٦) إلى بغداد بخمسة عشر درهماً. وقال آخرًا - وهو قولهما - يقضى بينة المستأجر إلى بغداد بعشرة^(٧).

له: أن المدعي يدعي إلى القصر بخمسة؛ لأنه منتصف الطريق بين الكوفة وبغداد، وصاحب الدابة يدعي إلى القصر بعشرة، فتقل بينته، وإثبات^(٨) زيادة^(٩) خمسة، ثم إن رب الدابة أنكر الإجارة ما وراء القصر إلى بغداد

(١) في ط (استأجر أو آجر) بدل (آجر أو استأجر) والمعنى واحد.

(٢) في ق زيادة (الإجارة في) وهي توضيح المعنى.

(٣) (انظر البدائع ج ٥ ص ٢٥٨٦، ٢٥٨٩، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٢٦، والثانية ج ٩ ص ٩٤٧، والثانية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ٤٣). وهذا في ظاهر الرواية، وروى عن أبي حنيفة أنه يفسد في حق الحي. (انظر مختصر الطحاوي ص ١٣١).

(٤) (له) سقطت من ز، ك، ق، ط. ولا يتغير المعنى بسقوطها.

(٥) سقط ما بين القوسين من الأصل، ح، ك، ق، ط. وإثباتها أفضل لبيان المكان الذي نبدأ منه الإجارة.

(٦) في الأصل (لها) والمعنى لا يستقيم بها.

(٧) انظر البائع ج ٦ ص ٢٦٦٦، والمبوط ج ١٥ ص ١٧٢.

(٨) في ش، ز، ك، ق، ط، أ (في إثبات) بدل (وإثبات) والأولى أنسب لاستقامة المعنى.

(٩) في ط (الزيادة) بدل (وزيادة) والثانية أنسب للمعنى.

بخمسة^(١)، فتقبل بيته، فيصير خمسة عشر.
لنا: أنهما اتفقا على أنه ما جرى بينهما إلا عقد واحد، والاختلاف وقع في
زيادة المسافة، والمستأجر هو الذي يثبت الزيادة، فقبلت بيته^(٢).
١٦٦٥- قال (زفر): إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم فجاوزه حتى ضمن، ثم
عاد؛ يبرأ عن الضمان^(٣).
وعندنا: لا يبرأ^(٤). وقد مر في العارية مثله^(٥).
١٦٦٦- قال (زفر): إذا استأجره^(٦) ليحمل له طعاماً^(٧) إلى موضع كذا، فحمله
إليه، ثم أعاده إلى هذا المكان؛ فله الأجر.
وعندنا: سقط^(٨) الأجر^(٩).
له: أنه وفاء^(١٠) العمل.
لنا: أنه نقض ما عمل، واسترد.

-
- (١) في ط زيادة (والمستأجر أثبت ذلك من القصر إلى بغداد بخمسة) ولا داعي للتكرار.
(٢) في ط زيادة (في زيادة المسافة) وهي توضح المعنى.
(٣) (عن الضمان) سقطت من ش، ح، أ. وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.
(٤) انظر البدائع ج ٦ ص ٢٦٥٦، والبنية ج ٧ ص ٩١٦، ومختصر الطحاوي ص ١٢٨.
(٥) انظر المسألة: ١٣٤٦.
(٦) في ز، ق (استأجر رجلاً) بدل (استأجره) والأولى أوضح. وفي ط (استأجر دابة) بدل
(استأجره) والثانية هي الصواب، لأن الاستئجار هنا للآدمي وليس للدابة.
(٧) في ش، ق (طعاماً له) بدل (له طعاماً) والمعنى واحد. و (له) سقطت من ك، ط. ولا
يتغير المعنى بسقوطها.
(٨) في ق، ط (يسقط) بدل (سقط) والمعنى معهما واحد.
(٩) انظر تبين الحقائق ج ٥ ص ١١٢، والبنية ج ٧ ص ٨٩٩.
(١٠) في ح، ك، ق، ط، أ (أوفاه) بدل (وفاه) والمعنى معهما واحد.

باب ما قاله الشافعي

١٦٦٧- قال (الشافعي): المنافع في الإجارة ملحقة بالأعيان في حكم الملك، ولقبض، وغيرهما، من موجب العقد.

وعندنا: لم تلحق بها، بل هي ملحقة بالأعراض^(١) تنعقد عليها ساعة فساعة^(٢)، حسب^(٣) حدوثها^(٤).

له: أن الحاجة مست إلى تجوير العقد، وهو عقد تمليك لا يصح إلا في مال موجود، معلوم، مقدور التسليم، فهو لم تصر بمنزلة الأعيان، لما صح العقد عليها.

لنا: أنها مافع حقيقية، فلحاقها بالأعيان خلاف الحقيقة، ولا ضرورة إليها؛ لأن الإجارة تنعقد شيئاً فشيئاً حسب حدوثها، أو يقام العين مقامها في قبول العقد، وصحته مضافاً إليها، فلا ضرورة إلى تغيير الحقيقة.

يرى على هذا مسائل منها:

أن الإجارة لا تفسخ بالعدر عنده؛ لأنه عقد لازم كالبيع.

وعندنا: تفسخ لأنها تنعقد شيئاً فشيئاً؛ لأنه^(٥) لم يرض بثبوت حكمه مع العذر^(٦).

(١) في ز (لكن الإجارة عقد تمليك)، وفي ح، ك، ق، ط، أ (لكن الإجارة) بدل (بل هي ملحقة بالأعراض) والثانية أنسب للمعنى.

(٢) في ز، ش، ح، ك، ق، ط، أ (شيئاً فشيئاً) بدل (ساعة فساعة) والأولى أبلغ في المدعى.

(٣) في ز، ق زيادة (على حسب) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٤) انظر المبسوط ج، ١٥ ص ١٠٩، ج ١٦ ص ٢، والبدائع ج ٦ ص ٢٦٢٤، والبناء ج ٧ ص ٨٧٣، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٠٧، والمهذب وشرحه المجموع ج ١٣ ص ٤٨٣، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٣٣٣. وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٣٠.

(٥) في ش، ز، ك، ق، ط (وهو) بدل (لأنه) وتؤيدان إلى المعنى المراد.

(٦) انظر تبيين الحقائق ج ٥ ص ١٤٥، والمبسوط ج ١٦ ص ٢، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٣٥٥.

ومنها: أنها لا تنسخ بموت أحدهما - وهما العاقدان^(١) كالبيع.
وعندنا: تنسخ؛ لأن المتافع، والأجرة صارت ملكاً للورثة، والعقد السابق
لم يوجد منهم^(٢)
ومنها: أن الأجرة تملك بنفس العقد عنده؛ لأن المبدل ملك^(٣) في الحال.
وعندنا: يملك شيئاً فشيئاً، حسب^(٤) الملك في المبدل^(٥).
ومنها: أن المستأجر إذا أجر ما استأجر بأكثر مما استأجر، ولم يزد فيه
شيئاً يجوز
عنده؛ لأنه ربح ما قد ضمن بالقبض حكماً.
وعندنا: لا يجوز؛ لأنه ربح ما لم يضمن^(٦).
ومنها: أن المستأجر إذا تعدى، وضمن - لا يسقط الأجر عنده، كثن البيع
لا يسقط بالجناية من المشتري على مال آخر للبائع.
وعندنا: لا يجب الأجر؛ لأنه إتلاف^(٧) المنافع بطريق الغصب، لا [بقضية]^(٨)
العقد، فلا يجب [بدلها]^(٩).
ومنها: أن إجارة الدار، بإجارة الدار تحوز عنده؛ لأنه بيع الجنس^(١٠) يدا

-
- (١) في ش، ز (أحد العاقدين) وفي ك، ق، ط (أحد المتعاقدين) بدل (أحدهما) وهما
العاقدان) والمعنى واحد.
(٢) انظر تبين الحقائق ج ٥ ص ١٤٤، والمبسوط ج ١٥ ص ١٥٣، والمهذب وشرحه
المجموع ج ١٣ ص ٥٥٨.
(٣) في ح (يملك) وفي ك، ق، ط (ملكه) بدل (ملك) والأولى والثالثة أنسب للمعنى
(٤) في ز، ك، ق زيادة (على حسب ثبوت)، وفي ط زيادة (حسب ثبوت) وهي توضح
المعنى.
(٥) انظر تبين الحقائق ج ٥ ص ١٠٦، والمبسوط ج ١٥ ص ١٠٨، ومفني المحتاج ج ٢ ص ٣٣٤.
(٦) في ش (يقبض) بدل (يضمن) والثانية أسب للمعنى. انظر المبسوط ج ١٥ ص ٧٨،
والمهذب وشرحه المجموع ج ١٣ ص ٥٣٠.
(٧) في ش (أتلّف) بدل (إتلاف) والمعنى معهما واحد.
(٨) في الأصل (لا يقتصه) ولا يستقيم المعنى معهما.
(٩) في الأصل (بدلها) ولا يستقيم المعنى معهما. (انظر الباية ج ٧ ص ٩٨٣).
(١٠) في ك، ق، ط زيادة (بالجنس) وهي توضح المعنى.

يد. وعندنا لا يجوز، لأنه بيع الجنس بالجنس نسا^(١).

١٦٦٨. قال (الشافعي): إذا شرط الخيار في الإجارة، ثلاثة أيام، لا يجوز.

وعندنا: يجوز، ويعتبر أول المدة، من وقت سقوط الخيار؛ لأن صافع
لحال لم تدخل تحت العقد، وإنما دخلت ما بعد سقوط الخيار^(٢).

له: أن شرط الخيار عرف بخلاف القياس في بيع العين، فلا يتعدى إلى
غيره.

لنا: أن هذا نوع بيع، فدخل تحت الحديث، ولأنه ثبت في البيع لدفع
الغن، فإنه^(٣) محتاج إليه^(٤).

وقيل: أن مسألة الخيار فرع إضافته الإجارة إلى الوقت في المستقبل، فإنه
لو أضاف الإجارة إلى رمضان - وهو في شعبان - لا يجوز عنده، وعندنا
يجوز.

له: أنه بيع، فلا يجوز إضافته إلى وقت، كبيع العين.

لنا: أن الإجارة المطلقة تنعقد في المستقبل ساعة فساعة^(٥)، والإضافة تفيد
ذلك، بخلاف بيع العين، ومسألة جناية يد^(٦) الأجير المشترك مروت في باب
زفر، والشافعي معه^(٧).

١٦٦٩. قال (الشافعي): إذا استأجر^(٨) ليحمل طعامًا مشتركًا بينه وبين الأجير إلى
موضع كذا بأجر معلوم، فحمله؛ استحق الأجر.

(١) انظر لبناية ج ٧ ص ٨٧٣، ولميسوط ج ١٥ ص ١٣٩.

(٢) انظر المبسوط ج ١٥ ص ١٥٠، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٤٥، والبناية ج ٧ ص
١٠١٨، ومعني المحتاج ج ٢ ص ٤٤.

(٣) في ز، ح، ك، ق (وأنه) بدل (فإنه) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ش، ز، ك، ق، ط زيادة (ههنا) وهي زيادة تؤكد المعنى.

(٥) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ (شيئًا فشيئًا) بدل (ساعة فساعة) والأولى أبلغ في أداء
المعنى.

(٦) (يد) سقطت من ط، والمعنى لا يتغير بسقوطها.

(٧) انظر (المسألة ١٦٥٨)، والمهذب مع شرحه المجموع ج ١٣ ص ٥٧٠.

(٨) في ز، ك زيادة (صاحب). وفي ط زيادة (حمالًا) والمعنى واضح بدونها.

وعندنا: لا يستحق شيئاً^(١).

له: أنه أوفى العمل المشروط عليه.

لنا: أنه عامل لنفسه، ولا يتميز عمله لنفسه من عمله لشريكه، فلا يمكن إيجاب شيء من الأجر؛ لأن الإنسان لا يستحق الأجر بالعمل لنفسه^(٢).

١٦٧٠- قال (الشافعي): إذا استأجر امرأته للخبز، والطبخ، وإرضاع الولد؛ صح، ورجب^(٣) الأجر، إن^(٤) عملت.

وعندنا: لا يصح، ولا يجب شيء^(٥).

له: أنها أجرت نفسها على عمل ليس عليها، ولا تجبر عليه، فيصح كإرضاع ولده، لا منها^(٦). وكما بعد الإبانة.

لنا: أن هذا استئجار على فعل واجب عليها بالشرع، والعرف، أما الشرع^(٧): فقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ﴾^(٨) وعن النبي - ﷺ - : «أنه جعل أعمال داخل البيت على فاطمة - رضي الله عنها - وأعمال خارج البيت على علي - رضي الله عنه»^(٩)، وأما العرف: فلأن [كل]^(١٠) من تزوج امرأة، كان طالباً منها ذلك، وهي ملتزمة لذلك، إلا أنها لا تجبر؛ لأنه لا

(١) (شيئاً) سقطت من ك، وإثباتها أفضل لزيادة وضوح المعنى. انظر المبسوط ج ١٦ ص ٣٥، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٣٣٥.

(٢) قوله (من عمله لشريكه) ... إلى ... بالعمل لنفسه) سقط من ش. والإثبات أفضل لزيادة تفصيل المعنى.

(٣) في ط زيادة (عليه) وهي توضح المعنى.

(٤) في ز، ك، ط (إذا) بدل (إن) والمعنى واحد.

(٥) انظر المبسوط ج ١٥ ص ١٢٧، ١٢٨، والبناء ج ٧ ص ٩٥٥.

(٦) في ش (لأنها) بدل (لا منها) والثانية أنسب للمعنى وفي ط (الذي ليس منها) بدل (لا منها) والأولى أوضح.

(٧) (أما الشرع) سقطت من ق. والمعنى لا يستقيم بدونها.

(٨) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٩) ذكره في المبسوط ج ١٦ ص ١٢٣.

(١٠) في الأصل (كان) ولا يستقيم المعنى بها. وفي ط (فإن كل) بدل (فلا كل) والمعنى مهماً واحداً.

يعرف قدرتها عليه، فإذا أقدمت على الإجارة، عرفت القدرة.
١٦٧١- قال (الشافعي): لبن الآدميات مال متقوم^(١)، يجوز بيعه، ويضمن متلمه
وعندنا: ليس بمال متقوم^(٢).
له: أنه مشروب طاهر^(٣)، متفح به، فصار كلبن الشاة.
لنا: أنه جزء الآدمي، فصار كشعره، وظفره، إلا أنه أبيع تغذية^(٤) الأطفال
به، لصورة، ولا ضرورة في غيره.

-
- (١) في ك (ذو قيمة) بدل (متقوم) والثانية أدق في التعبير عن المعنى.
(٢) في ط زيادة (لا يجوز بيعه ويضمن متلمه) وهي توضح المعنى. انظر المبسوط ج ١ ص
١٢٥، والمجموع ج ٩ ص ٢٤١، ٢٤٢.
(٢) في ش (طاهرة) بدل (طاهر) والثانية أفضل لدلالها على مذكور وهو المشروب.
(٤) في ك (التغذية) بدل (تغذية) والثانية أنسب إذ لا فائدة لوجود آل التعريف هنا.

باب جوابات مالك

١٦٧٢- قال (مالك): إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم، فجاوزه، فهلك^(١)، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمنه قيمتها، ولا يطلب فضل الأجر، وإن شاء أخذ فصل الأجر، ولم يضمه^(٢).
وعندنا: ليس له إلا الضمان^(٣).
له: أنه توجه له وجهها ضمان، فيتخير في ذلك.
لنا: أنه صار ضامناً، والأجر لا يجمع الضمان، على ما مر^(٤). والله أعلم.

(١) في ز، ق (فهلكت) وفي ط (وهلك) بدل (فهلك) والأولى أنسب للمعنى إذ المراد به هلاك الدابة.

(٢) انظر المبسوط ج ١٥ ص ١٧٣، ١٧٤، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٧٥٠، وبلغت السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٢٦٥.

(٣) انظر المسألة (١٦٦١).

(٤) قوله (على ما مر والله أعلم) سقط من ك، والإتيان أفضل لزيادة الإيضاح.

كتاب أدب القاضي

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٦٧٣. قال (أبو حنيفة): يقضي القاضي بظاهر العدالة، ولا يسأل عن الشهود، إلا إذا طعن الخصم فيهم، إلا في الحدود والقصاص.

وقال أبو يوسف ومحمد: يسأل في كل حادثة من غير طعن^(١).
لهما: أن عدالة الشاهد شرط، وفي^(٢) الناس عدل، وغير عدل^(٣). فيجب الاستكشاف بالسؤال.

له: أن الأصل هو العدالة في المسلمين، قال - ﷺ -: «المسلمون عدول بعضهم على بعض»^(٤)، إلا أن عند الطعن يزول هذا الظاهر، فيجب البحث. والعقوبات يحتال لدرئها، فيجب السؤال لذلك. وقيل: أن هذا اختلاف زمان، فإن أبا حنيفة كان في العصر الذي كان النبي - ﷺ - [عَدْلُهُمْ]^(٥) بقوله: «ثم الذين يلونهم»^(٦). وهما كانا في القرن الرابع، الذين قال فيهم النبي - ﷺ - «ثم يفسو الكذب والزور»^(٧).

(١) في ز، ق، ط زيادة (الخصم) وهي توضح المعنى. انظر الجامع الصغير ص ٣٢٢، والدائع ج ٩ ص ٤٠٣٢، والباية ج ٧ ص ١٣٦، ١٣٧، والمبسوط ج ١٦ ص ٨٨.

(٢) في ز، ق (قفي) بدل (وفي) والثانية أنسب للسياق.

(٣) في ط (عدول وغير عدول) بدل (عدل وغير عدل) والمعنى واحد.

(٤) رواه ابن شعبة في مصنفه، كتاب البيوع، باب من قال لا تجوز شهادته، أي الفاذف. إذا تاب، حديث رقم ٦٩٨، ج ٦ ص ١٧٢، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - ﷺ - «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدثاً في فريضة».

(٥) سقط من الأصل، والمعنى لا يستقيم بدونه، وفي ح، «أثنى عليهم» بدل (عدلهم) والمعنى واحد. وفي ط (عدلهم النبي) بدل (كان النبي عدلهم) والمعنى واحد.

(٦) تكررت لفظة (يلونهم) في ش، ك، ق، ط ولا معنى لتكرارها.

(٧) (الرور) سقطت من ش، ك، ز. ولم أجدها في الروايات التي وصلت إليها. ولعلها زيادة.

١٦٧٤- قال (أبو حنيفة): قضاء القاضي في العقود، والفسوخ بشهادة^(١) الزور، ينفذ ظاهراً، وباطناً.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ينفذ باطناً - وهو قول الشافعي^(٢).

لهما: أن القضاء إظهار ما هو ثابت، لا إثبات ما لم يكن ثابتاً^(٣) وصار كالأملاك المرسلة^(٤).

له: أنه قضى بأمر الشرع؛ لأنه متى ظهر صدق الشهود، صار مأموراً بالقضاء، فينتقل قضاؤه إلى الشرع، فصار كأن الشرع أثبت^(٥) الحل بينكما^(٦).

من الكاتب لتأكيد المعنى الذي يريده؛ لأنه أورد الحديث هنا بمعناه وليس بلفظه. والحديث رواه البخاري عن عبد الله بن مسعود أن النبي - ﷺ -: قال: «خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يجيء قوم تسبق شهادة أحدهم يمينته، ويمينه شهادته» كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل أصحاب النبي - ﷺ - ج ٥ ص ٣. والترمذي يلفظ البخاري، كتاب المناقب، باب ما جاء في فضل من رأى النبي - ﷺ - وصحه. حديث رقم ٣٨٥٩، ج ٥ ص ٦٩٥. وابن ماجه أيضاً بلفظ البخاري، كتاب الأحكام، باب كراهية الشهادة لمن لم يستشهد، حديث رقم ٢٣٦٢، ج ٢ ص ٧٩١، والإمام أحمد في مسنده ج ١ ص ٣٧٨. ورواه الترمذي أيضاً عن عمر بن الخطاب عن النبي - ﷺ -: قال: «خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يجيء قوم تسبق شهادة أحدهم يمينته، ويمينه شهادته» كتاب المناقب، باب ما جاء في شهادة الزور، حديث رقم ٢٣٠٣، ج ٤ ص ٥٤٩، ولفظ الترمذي رواه ابن ماجه حديث رقم ٢٣٦٣، كتاب الأحكام، باب كراهية الشهادة لمن لم يستشهد، ج ٢ ص ٧٩١.

(١) في ز (وشهادة) بدل (بشهادة) والثانية أنسب للمعنى -

(٢) قول أبي يوسف الأول مثل قول أبي حنيفة. (انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٨٠، ومعنى المحتاج ج ٤ ص ٤٥٦، والسدائع ج ٩ ص ٤١٠٧، والبنية ج ٩ ص ٥٩، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٠).

وصورتها: أن يقضى بالنكاح بشهادة الزور، عده يحل وطؤها، وعدهما لا يحل.

(٣) (ثابتاً) سقطت من ش. وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.

(٤) الأملاك المرسلة أي المطلقة عن ذكر سبب الملك، كأن يشهد رجلان في شيء، ولم يذكر سبب لملك. (الترغيفات الفقهية ص ١٩٢، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٠)

(٥) في ز، ح، ك، ق، ط، أ زيادة (قال: أثبت) وتؤدي إلى استقامة المعنى.

(٦) في ك، ق، ط (بينهما) بدل (بينكما) والمعنى معهما واحد.

بخلاف الأملاك المرسلة؛ لأنه لا يمكن تنفيذه^(١).

١٦٧٥- قال (أبو حنيفة): إذا وجد^(٢) صحيفة فيها شهادة شهود^(٣) عنده، وهو غير حافظ للحادثة، لم يقض بذلك. وكذا قال في الصك، ورواية^(٤) الأخبار. وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يقضي، وبشهادته، ويروي إذا علم أنه خطه على الحقيقة^(٥).

لهما: أنه يفيد علم غالب الظن، وهو واجب العمل به له: أنه لا علم ههنا بوجه ما بالحادثة، والقضاء، والرواية والشهادة، بدون العلم باطل^(٦).

١٦٧٦- قال (أبو حنيفة): لا يجوز للقاضي أن يقضي بما رأى قبل التقلد^(٧)، أو في غير مصره الذي هو قاضيه.

وقال أبو يوسف ومحمد: له ذلك^(٨).

لهما: أنه قضاء عن علم.

له: أن هذا علم شهادة، لا علم قضاء، ولا يمكنه أن يجعل علم نفسه، وشهادة نفسه موجباً للقضاء، وإنما يصير موجباً^(٩) إذا شهد هو وآخر^(١٠) عند الإمام الذي هو فوقه، فيقضى به.

(١) في ش، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وهي توضح مكان ورود الخلاف.

(٢) في ك، ق، ط زيادة (القاضي) وهي توضح المعنى.

(٣) في ط زيادة (شهودا) وهي توضح المعنى.

(٤) في ط (فرواية) في ش، ز، ك، ق (وفي رواية) بدل (ورواية) والثابتة والثالثة أنسب للمعنى.

(٥) انظر المبسوط ج ١٦ ص ٩٢، ٩٣، والبناء ج ٧ ص ١٤٩، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢١٤، ٢١٥.

(٦) في ز، ط (باطلة) بدل (باطل) والأولى أنسب لدلائلها على القضاء والرواية والشهادة.

(٧) في ك، ط (التقليد) بدل (التقلد) والمعنى معهما واحد. والمراد البدء في العمل.

(٨) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٠٨٩، والمبسوط ج ١٦ ص ١٠٥.

(٩) في ط زيادة (للقضاء) وهي توضح المعنى.

(١٠) في ش (وأخر معه واحد) بدل (وأخر) والثانية أنسب للمعنى. وفي ك زيادة (معه) وهي توضح المعنى.

١٦٧٧- قال (أبو حنيفة): المدعى عليه إذا قال: لا أنكر، ولا أقر لك^(١)؛ لا يستحلف.

وقال أبو يوسف ومحمد: يستحلف^(٢).

لهما: أن كلامية تعارضاء، وتساقطا، فصار كأنه سكت^(٣).

له: قوله - ﷺ - : «اليمين على من أنكر»^(٤) وهو يصرح بأنه لا ينكر.

١٦٧٨- قال (أبو حنيفة): إذا قال المدعى للقاضي: ^(٥) لي شهود؛ لم يستحلف المدعى عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد: له استحلافه^(٦).

(١) في ط (لا أقر لك، ولا أنكر) بدل (لا أنكر ولا أقر) والمعنى واحد.

(٢) انظر البدائع ج ٨ ص ٣٩٢٥، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ١٦٠.

(٣) في ز زيادة (ف يستحلف) وهي توضح المعنى.

(٤) أخرجه البخاري: عن ابن عباس أن النبي - ﷺ - : «قضى أن اليمين على المدعى عليه كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه، ج ٣ ص ٢٣٣، وسلم بهذا اللفظ، كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه، حديث رقم ٢، ج ٣ ص ١٣٣٦، والترمذي بهذا اللفظ كتاب الأحكام، باب ما جاء أن البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه، حديث رقم ١٣٣٦، والترمذي بهذا اللفظ كتاب الأحكام، باب ما جاء أن البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه حديث رقم ١٣٤٢، ج ٣ ص ٦١٧، ورواه الترمذي أيضًا في الكتاب والباب السابقين بلفظ: «البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه» حديث رقم ١٣٤١.

ورواه البيهقي عن ابن عباس، عن رسول الله - ﷺ - بلفظ: «ولكن البيعة على المدعي واليمين على من أنكر» وفي كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري: «البيعة على المدعي واليمين على من أنكر». كتاب الدعوى والبيعات، باب البيعة على المدعي، واليمين على المدعى عليه ج ١٠ ص ٢٥٢، ٢٥٣، والدارقطني: بلفظ: «البيعة على من ادعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة». كتاب الأقضية والأحكام - حديث رقم ٥١، ٥٢، ج ٤ ص ٢١٨.

(٥) (للقاضي) سقطت من ك. والإثبات أنفصل للإيصاح.

(٦) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١١٦، ١١٧، والبنية ج ٧ ص ٣٩٩ ومختصر الطحاوي ص ٣٦٤، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٣٠٠، وفي رواية أخرى عن محمد أنه مع أبي حنيفة. وهذا الخلاف فيما إذا كانت البيعة حاضرة في المصر، وأما إذا كانت خارج المصر فيحلف بالإجماع، وإن كانت في مجلس الحكم، لا يحلف بالإجماع.

لهما عموم قوله: - ﷺ :- «اليمين على من أنكر»^(١)
 له: أن التحليف مشروط بعدم البينة، قال - ﷺ :- «الك بينة ؟»، فقال: لا،
 قال: لك^(٢) يمينه^(٣).

(١) سبق تخريجه في المسألة (١٦٧٧).

(٢) في زيادة (إذا لك) وليست في رواية البخاري ومسلم.

(٣) (يمينه) سقطت من ك، ق، ولا يتم المعنى إلا بها. وفي ط زيادة (للمدعي) وهي زيادة ليست في نص الحديث وإنما ساقها لبيان المراد من قوله (لك).

والحديث رواه البخاري، كتاب الخصومات، باب كلام الخصوم بعضهم في بعض. ج ٣ ص ١٦٠، ومسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من افتطع حق مسلم يمين فاحرة بالنار، حديث رقم ٢٢٠، ٢٢٣، ٢٢٤، ج ١ ص ١٢٥.

باب ما قاله الشافعي

١٦٧٩- قال (الشافعي): يقضى بيمين المدعي في موضعين، أحدهما: إذا أنكر المدعى عليه ما ادعى المدعي^(١)، ونكل المدعى عليه عن الحلف؛ يحلف المدعي، فإذا حلف، يقضى بما ادعاه^(٢). والثاني: إذا أقام المدعي شاهداً واحداً، ولم يكن له شاهد آخر، وحلف، قضى له. وعندنا: لا يقضى بيمين المدعي أصلاً، ففي الفصل الأول: يقضى بنكول المدعى عليه، وفي الثاني: يحلف المدعى عليه، فإن نكل يقضى له^(٣). [له]^(٤): في الفصل الأول: أن الطاهر صار شاهداً للمدعي عند نكول خصمه، فيعتبر بيمينه كما في^(٥) المدعى عليه. وفي الفصل الثاني: ما روي أن - النبي - ﷺ -: قضى بشاهد ويمين^(٦).

-
- (١) قوله (أنكر المدعي عليه ما ادعى المدعي) سقط من ش، ح، ز، أ، ق، ط. وإثباته رعدمه سواء.
- (٢) في ش، ح، ك، ق، ط (ادعى) بدل (ادعه) والمعنى معهما واحد.
- (٣) (له) سقطت من ط، أ. والمعنى لا يتغير بسقوطها. وفي ق (يه) بدل (له) والصواب الثانية؛ لأن المراد يقضى للمدعي. وفي ز زيادة (بما ادعى) وهي توضيح المعنى. انظر المبسوط ج ١٧ ص ٣٤، والبيان ج ٧ ص: ٤٠٥، والدائع ج ٨ ص ٣٩٢٣، ٢٩٢٤، وما بعدها، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٩٤، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٤٤٣، والام ج ٦ ص ٢٥٤، ح ٧ ص ٣ ص ٨٦.
- (٤) (له) سقطت من الأصل، ح، ك. وإثباتها أفضل لبيان أن هذه حجة الشافعي.
- (٥) في ز، ق زيادة (يمين) وهي توضيح المعنى.
- (٦) رواه مسلم عن ابن عباس أن رسول الله - ﷺ -: قضى بيمين وشاهد. كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد حديث رقم ٣، ج ٣ ص ١٣٣٧، وأبروداد، عن ابن عباس بلفظ مسلم، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، حديث رقم ٣٦٠٨، ج ٣ ص ٣٠٨، وابن ماجه عن ابن عباس، وأبي هريرة، وجابر بن عبد الله، كتاب الأحكام، باب القضاء بالشاهد واليمين، حديث رقم ٢٣٦٨، ٢٣٦٩، ٢٣٧٠، ج ٢ ص ٧٩٣.

لنا: قوله: - ﷺ -: «البينة على المدهي، واليمين على من أنكر»^(١)، فهذا يقطع الشركة، وما روى من الحديث رده يحيى بن معين، ولو ثبت فهو محمول [على أن المدعي أقام شاهداً]^(٢)، وقال: ليس لي شاهد آخر. فحلف خصمه، وقضي [بنكوله]^(٣)، فظن الراوي أنه قضي بهما^(٤)، لو حوذه بعدهما.

١٦٨٠- قال (الشافعي): لا يجوز تقليد الجاهل القضاء^(٥).

وعندنا: يجوز إذا كان عدلاً^(٦).

له: قوله - ﷺ -: «القضاة ثلاثة، فقاضيان في النار، وقاض في الجنة، أما اللذان في النار، فالجاهل والجائر، وأما الذي في الجنة، فالعالم العادل»^(٧). لنا: أن [العلم]^(٨) إنما يحتاج إليه [للعمل]^(٩)، وأمكنه بناء عمله على فتوى العالم، والخبر محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله، ولا يرجع إلى العلماء.

١٦٨١- قال (الشافعي): القضاء على الغائب يجوز.

وعندنا: لا يجوز إلا إذا قضى على حاضر، وتضمن ذلك قضاء على

(١) سبق تخريجه في المسألة (١٦٧٧).

(٢) في ز، ك، ط، ق، زيادة (واحدًا) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٣) ما بين القوسين سقط من الأصل، والمعنى لا يستقيم بدونه.

(٤) في ز زيادة (جميعًا) وهي تؤكد المعنى.

(٥) في ش (للقضاء) بدل (القضاء) والثانية أنسب للسياق.

(٦) انظر البنية ج ٧ ص ١٩، والعناية بهامش فتح القدير ج ٦ ص ٣٥٩، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٧٦، والبدائع ج ٩ ص ٤٠٧٩، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥.

(٧) رواه أبوداود عن ابن بريدة عن أبيه عن النبي - ﷺ - قال: «القضاة ثلاثة، واحد في الجنة واثان في النار، فأما الذي في الجنة، فرجل عرف الحق ففرض به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار» وقال أبوداود: وهذا أصح شيء فيه. كتاب الأقضية، باب في القاضي يحطى، حديث رقم ٣٥٧٢، ج ٣ ص ٢٩٩، والبيهقي، كتاب آداب القاضي، باب إثم من أفنى أو نصى باسجمل، ج ١٠ ص ١١٦، ١١٧.

(٨) في الأصل (العالم) والمعنى لا يستقيم بها.

(٩) في الأصل (العمل) والمعنى لا يستقيم بها.

العائب^(١)، ضِمْنَا للقضاء على الحاصر^(٢).
له: أن البينة حجة مطلقة، وقد وجدت حال قيام^(٣) الحق، فيحوز القضاء بها.
لنا: أن إنكار المدعى عليه، شرط جواز القضاء بالبينة، ليقع قاطعاً للخصومة، ولم يوجد الإنكار ههنا؛ لأن الظاهر هو الإقرار، وقد عرف تمامه في طريق^(٤) الخلاف^(٥).

-
- (١) قوله (إلا إذا قضى على حاضره، وتضمن ذلك قضاء العائب) سقط من ش، ك، ط. وإثباته أصل لاكتمال المعنى.
- (٢) انظر البناية ج ٧ ص ٦٠، فتح القدير والعناية ج ٦ ص ٤٠٠، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٤٠٦، وفتح الوهاب ج ٢ ص ٢١٤، والبدائع ج ٨ ص ٣٩١٨.
- (٣) في ش، ر، ق، ك، ط، أ (حفاء) بدل (قيام) والأولى أنسب للمعنى.
- (٤) هي ز، ح، ش، ق (طريقة) بدل (طريق) والأولى أفضل لشبوع استعمالها في كتب الحنفية.
- (٥) في ط (لمختلف) بدل (طريق الخلاف) وتزدان إلى المعنى المراد.

كتاب الشهادات

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

١٦٨٢- قال (أبو حنيفة): إذا أقر الشاهد أنه شهد بزور، يبعث به إلى^(١) محلته، فيقال لهم^(٢): أنا وجدنا هذا شاهد زور، فاحذروه، وحذروا الناس عنه، ولا يضرب ولا يحبس.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضرب، ويطاف به، ويحبس حتى^(٣) يحدث توبة^(٤).

لهما: أنه ارتكب محظورًا لا حد فيه، فيعزر بما ذكرنا، وما روي عن عمر - رضي الله عنه - تسخيم^(٥) الوجه ونحوه^(٦)، فذلك [كان لمصلحة عنده]^(٧).

(١) في ز، ك، ق، ط زيادة (أهل) ووجودها وعدمه سواء؛ لأنها معروفة ضمناً، كقوله تعالى: ﴿وَسَتَلِ الْقَرْيَةَ﴾ سورة يوسف: ٨٢.

(٢) في ط زيادة (أن القاضي يقول) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٣) في ك، ق، ط (إلى أن) بدل (حتى) والمعنى معهما واحد.

(٤) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٤٥، والبنية ج ٧ ص ٢٣٥، والمباية وفتح القدير ج ٦ ص ٥٣٣، والبدائع ج ٩ ص ٤٠٧٧.

(٥) التسخيم هو تسويد الوجه توبيخاً للتسخم وتعبيراً له. (البنية ج ٧ ص ٢٣٦، التعريفات الفقهية ص ٢٢٨).

(٦) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه بلفظ: كتب عمر بن الخطاب في شاهد الزور يضرب أربعين سوطاً، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه، ويطاف به، ويطال حبسه، كتاب الحدود، باب من شهد الزور ما يعاقب؟ حديث رقم ٨٧٦٢، ج ١٠ ص ٥٨، ورواه البيهقي بلفظ: أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً، وسخم وجهه، وطاف به بالمدينة، ورواه أيضاً بلفظ ابن أبي شيبة، كتاب أداب القاضي، باب ما يفعل بشاهد الزور، ج ١٠ ص ١٤٢.

(٧) في الأصل (كاف لمصلحة عنه) والمعنى لا يستقيم معها، وفي ش، ز، ح، ك، ط (كان ذلك لمصلحة عنده) وفي أ (كان لمصلحة عنه) الأولى أسبب للمعنى.

وهو مثله، فلا يفعله^(١).

له: أن هذا إن كان يزجر الذي^(٢) لم يشهد بزور، يمنع^(٣) الذي شهد بزور عن الرجوع، فلا يفعل ذلك، وما ذكرنا يكفي لدفع شره، فيكتفى به.

١٦٨٣- قال (أبوحنيفة): شهادة القابلة على استهلال^(٤) الصبي مقبولة في حق الصلاة عليه، أما في حق الميراث، لا تقبل إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

وعند أبي يوسف ومحمد: تقبل شهادة القابلة فيه أيضًا^(٥).

لهما: أنه أمر^(٦) عند الولادة، فكان مما لا يطلع عليه الرجال.

له: أن هذا من باب القضاء، والإلزام، والعيوب^(٧) مما يطلع^(٨) عليه^(٩)، فلا يكفي بشهادة القابلة.

١٦٨٤- قال (أبوحنيفة): إذا شهد أحد الشاهدين بمائة، والآخر بمائتين، والمدعي يدعى مائتين^(١٠) لم يقض بشيء عند أبي حنيفة، خلافاً لهما^(١١). وهو كالشهادة في تطليقة^(١٢)، وطلقتين، وقد مر في الطلاق^(١٣).

(١) في ش، ز، ك (يفعل) وفي ط (يفعل ذلك) بدل (يفعله) والثانية والثالثة أنسب للمعنى.

(٢) في ش، ز، ك، ق (رجزاً للذي) بدل (يزجر الذي) والمعنى واحد.

(٣) في ز (لمنع) بدل (يمنع) والثانية أنسب للسياق.

(٤) الاستهلال هو أن يرفع الصبي صوته ويصبح عند الولادة. (لأن العرب ح ١١ ص ٧٠١، والتعريفات المفهية ص ١٧٦).

(٥) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٤٤، والثانية ج ٧ ص ١٣٣، وفتح القدير والعناية ج ٦ ص ٤٥٤، ٤٥٥، وتبيين الحقائق، وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٤٠٩، وانظر المسألة (٨٧٤).

(٦) في ش (أمانة) بدل (أمر) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ز، ح، ك، ط (والصوت) بدل (العيوب) والأولى أنسب للسياق.

(٨) في ك (يقف) بدل (يطلع) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ط، ك زيادة (الرجال) وهي توصل المعنى.

(١٠) في ش زيادة (ذلك) ولا معنى لها، وفي ك (مائتين) بدل (مائتين) والمعنى معهما واحد.

(١١) انظر المبسوط ج ٦ ص ١٤٨، ج ١٦ ص ١٦٠، ١٧٥، ومختصر الطحاوي ص ٣٤٢، ٣٤٣، والبذية ج ٧ ص ٢٠١، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٣٠.

(١٢) في ش، ز، ك، ق، ط (على طلقه) بدل (في تطليقة) والمعنى معهما واحد.

(١٣) انظر المسألة (٨٨٦)

١٦٨٥- قال (أبوحنيفة): إذا شهد أحدهما بالنكاح بألف، والآخر بالنكاح بألف وخمسمائة، والزوج هو المدعي للنكاح، والمرأة هي المنكرة^(١)؛ لا يقبل بالإجماع؛ لأنه دعوى العقد، وهما غيران، كما في البيع والشراء، فإن كانت المرأة هي المدعية:

عند أبي حنيفة: يقضى بالنكاح بأقل المالين.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقضى^(٢).

لهما: أن هذا دعوى العقد، فصار كدعوى الرجل.

له: أن هذا من جهتها دعوى المال؛ لأنه لا ملك لها في النكاح، وصار^(٣) كدعوى الزوج الخلع عليها واختلاف الشاهدين في ذلك^(٤).

١٦٨٦- قال (أبوحنيفة): إذا شهدوا أنه ابنه، ووارثه، ولا يعلم له وارث آخر في المصر - جاز.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز^(٥).

لهما: أنه يوهم أنهم يعلمون له^(٦) وارثاً آخر في غير هذا المصر.

له: أنه هذا بمنزلة قولهم، لا نعلم له^(٧) وارثاً آخر مطلقاً؛ لأن علمهم بأنه لا وارث له في البلاد أجمع، محال، إنما يعني بذلك^(٨): لا يعلم له وارثاً^(٩) في هذا المكان، فإذا كان هذا الخاص، مثل ذلك المطلق في

(١) قوله (والمرأة هي المنكرة) سقط من ش، ز، ح، أ، ك، ق، ط ولا يتغير المعنى سقوط هذه العبارة؛ لأن معناها يفهم من السياق.

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص ٣٤٤، والمبسوط ج ١٦ ص ١٦٠ والبنية ج ٧ ص ٢١٤، ٢١٥، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٣٥، والبدائع ج ٩ ص ٤٠٥٣.

(٣) في ش، ق (فصار) بدل (وصار) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ط زيادة (لا يمنع صحة الخلع، فكذا هذا) وهي توضيح المعنى.

(٥) انظر المجموع ج ١٦ ص ١٦٣، والبدائع ج ٩ ص ٤٠٤٦.

(٦) (له) سقطت من ط. والأفضل إثباتها لزيادة الإيضاح.

(٧) (له) سقطت من ط. والأفضل الإثبات لإيضاح المعنى.

(٨) في ط (نعني ذلك) وفي ك، ق (معنى ذلك) بدل (يعنى بذلك) والثانية والثالثة تزييد - إنر المعنى المراد.

(٩) وفي ز، ط زيادة (آخر) وهي توضيح المعنى.

المعنى، يجب قوله.

١٦٨٧- قال (أبوحنيفة): إذا شهدوا على دار مشهورة، ولم يذكروا الحدود؛ لا يقبل.

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا كانت معروفة يقبل^(١).

لهما: أنه شهادة على المعلوم.

له: أنها معلومة العين، دون القدر، فإن الدار المعروفة بالنسبة، يزداد فيها، أو ينقص فيها^(٢)، فكان مجهولاً.

١٦٨٨- قال (أبوحنيفة): إذا شهد الوصى، للوارث الكبير بالدين على أجنبي؛ جاز بالإجماع، فإن شهد له^(٣) بدين على الميت، لا يقبل عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد : يقبل^(٤).

لهما: أنه شهادة للغير، من كل وجه؛ لأن القبض للوارث، لا للوصي، كما في الدين على الأجنبي.

له: أنه منهم فيه؛ لو قضي به، ثم غاب الوارث قبل القبض، كان للوصي حفظه^(٥) إلى أن يحضر، بخلاف دين الأجنبي^(٦).

(١) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٠٠.

(٢) في ط، أ (منها) بدل (فيها) والأولى أبلغ.

(٣) (له) سقطت من ط. والمعنى لا يتم بدونها.

(٤) في ز (خلاًفاً لهما) بدل (وقال أبو يوسف ومحمد: يقبل) والثانية أفضل لمناسبتها لطريقة

الكتاب. انظر تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٢٧، والبناء ج ١٠ ص ٥٧٨.

(٥) في ق (أن يحفظه) بدل (حفظه) والمعنى واحد.

(٦) في ك (الدين على الأجنبي) بدل (دين الأجنبي) والمعنى معهما واحد.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١٦٨٩- قال (أبيوسف): من كان بصيرًا عند تحمل الشهادة [فصار] (١) أعمى عند الأداء، تقبل شهادته في غير الحدود، وهو قول مالك، والشافعي وابن أبي ليلى. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا تقبل (٢).

له: أن الإشارات (٣) إن تعذرت، أمكن أداء الشهادة على الاسم، والنسب، وصار كما في الموت، والغيبة.

لهما: أنه لا يمكنه (٤) التمييز بين المدعي، والمدعى عليه إلا بالنخبة، وفيها شبهة، فلا بد من العلم. والإشارة حالة الحضرة، وهو متعذر، وأما في حالة الغيبة، والموت، فلا بد (٥) من حضرة وكيل، أو وصي (٦)، والإشارة إليه أيضًا (٧). وهو متعذر في حقه.

١٦٩٠- قال (أبيوسف): الشهادة بالتسامع على الولاة، جائزة - في قوله الآخر. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز (٨).

له: أنا نشهد أن ثوبان مولى رسول الله - ﷺ - وبلاً - مولى أبي بكر -

(١) سقط من الأصل، ح، ك، ق. وإثباتها أفضل لاستقامة المعنى.

(٢) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٢٩، والبدائع ج ٩ ص ٤٠٢٧، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢١٨، والباية ج ٧ ص ١٦١، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٤٤٦، وعند الإمام مالك شهادة الأعمى على ما يسمع ويستيقن جائزة سواء تحملها قبل العمى أو لا. (الكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٨٩٨، وبلغة المالك ج ٢ ص ٣٢٤).

(٣) في ش، ز، ح، ك، ق، ط (الإشارة) بدل (الإشارات) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ش، ك، ط (لا يمكن) بدل (لا يمكنه) والثانية أنسب للمعنى.

(٥) في ط (لا بد) بدل (فلا بد) والمعنى معهما واحد.

(٦) في ك (الوكيل والوصي) وفي ط (الوكيل أو الوصي) بدل (وكيل أو وصي) والثانية والثالثة تزديان إلى المعنى.

(٧) (أيضاً) سقطت من ح. والإثبات أفضل لتأكيد المعنى.

(٨) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٥١، والباية ج ٧ ص ١٥٤، والبدائع ج ٩ ص ٤٠٢٥، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢١٦.

رضي الله عنه - ولأن الولاء لحمه كلحمه النسب؛ فصار كالنسب .
 لهما: أنه قلما يشتهر، فلا يفيد العلم، ولأنه يبنى^(١) على الإعتاق، والإعتاق
 قد يكون بحضرة من لا يشهره^(٢)، فصار كالطلاق، والعتاق بغية^(٣)
 ١٦٩١- قال (أبويوسف): كافر اشترى من مسلم^(٤) أمة، وصارت له من جهة
 بهية، أو صدقة، ثم جاء مسلم، أو ذمي، وأقام شاهدين ذميين: أنها له؛
 يقبل في حق الاستحقاق على الكافر، دون الرجوع بالثمن على المسلم^(٥) .
 وهو قوله الآخر، وهو قول ابن أبي ليلى .
 وقال أبوحنيفة ومحمد: لا تقبل أصلاً، وهو قوله الأول^(٦) .
 له: أنها قامت على كافر بالاستحقاق، وعلى مسلم بالرجوع، فتقبل على
 الكافر، دون المسلم، كشهادة، كافرين بدين في تركة كافر^(٧)، وترك ابنين
 كافرين، فأسلم أحدهما، تقبل في حق الكافر، دون المسلم .
 لهما: أنها قامت على المسلم - أصلاً - لأنها يظهر أن المسلم باعها، وهو لا يملكها، والمشتري
 ههنا كالوكيل عنه في الخصومة، فلا تقبل، بخلاف ما ذكر؛ لأنها قامت على
 الموروث^(٨) أولاً، وهو الكافر، إلا أنه^(٩) لا يظهر في حق^(١٠) المسلم؛ لأنها
 ليست بحجة في حقه، بمنزلة إقرار أحدهما^(١١) على الآخر^(١٢) . والله أعلم .

-
- (١) في ط (يتنى) بدل (يبنى) والمعنى معهما واحد .
 (٢) في ش، ك، ط، ز (يشتهر) وفي ق، ح (يشهره) بدل (يشهره) والأخيره أنسب للمعنى .
 (٣) في، ح، ك، أ (نفسه) وفي ط (نفيته) بدل (نفيه)، والثانية أنسب للمعنى، وفي ط زيادة
 (بخلاف النسب؛ لأنه يبنى على النكاح إما يكون بحضرة الناس، ونحو ذلك) وهي
 توضح المعنى .
 (٤) في ش، ز، ك، ق، ط (المسلم) بدل (مسلم) والمعنى معهما واحد .
 (٥) في ز (على المسلم بالثمن) بدل (بالثمن على المسلم) والمعنى معهما واحد .
 (٦) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٤٠ .
 (٧) أي تركة كافر مات .
 (٨) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ (المورث) بدل (الموروث) والمعنى واحد .
 (٩) في ش (لأنه) بدل (إلا أنه) والثانية أنسب للمعنى .
 (١٠) في ط زيادة (لابن) وهي توضح المعنى .
 (١١) في ح (واحد منهما) بدل (أحدهما) والمعنى واحد .
 (١٢) في ط زيادة (بالدين أنه لا يلزم الآخر؛ لأنه ليس بحجة في حقه) وهي توضح المعنى .

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١٦٩٢- قال (محمد): دار في يد رجل، أقام البينة رجل أنه باعها منه بألف درهم^(١)، في رمضان، وأقام صاحب اليد [البينة]^(٢) على أنها^(٣) ارتهنها منه في شوال بخمسمائة؛ يقضى بالرهن.

وقال أبو حنيفة وأبي يوسف: يقضى بالبيع بخمسمائة من الثمن^(٤).

له: أن المدعي أثبت إقرار المشتري: أن الملك صار له بالشراء في رمضان وصاحب اليد أثبت إقرار المدعي أن الملك ليس لذي اليد؛ لأن الرهن مقر أن المرتهن لا يملكه، فيبطل الإقرار^(٥) الأول بالثاني، كما لو بينا معاييه.

لهما: أن البيع أقوى؛ لأنه يرفع الرهن، والرهن لا يرفع البيع^(٦)، والبيع ثبت في رمضان، فلا يبطل بما هو دونه؛ لأن^(٧) الثابت بالبينة، كالثابت معاينة، فصار كما لو عاينا أنه باعه^(٨) في رمضان، ثم رهنه في شوال، لا

(١) (درهم) سقطت من ش، وذكرها أفضل لتمييز العدد. وفي ك (أنها باعها إياه بألف درهم) بدل (أنه باعها منه بألف درهم) والثانية أسلم في التركيب.

(٢) سقط ما بين القوسين من الأصل، والمعنى لا يتم بدونها.

(٣) في ش، ز، ق، ط (أنه) بدل (أنها) والأولى أنسب للمعنى.

(٤) قوله (بخمسمائة من الثمن) سقط من ز، ك، ق، ط. وإثباتها أفضل؛ لأنه يقضى بالبيع بألف ثم يقضى من الألف لصاحب اليد الذي يدعي الرهن خمسمائة.

قال في المبسوط: «ولو كان أقام البينة أنه ارتهنها منه في شوال أمضيت البيع بألف في رمضان، وقضيت له من ذلك بخمسمائة سواء الذي أثبت أنه أعطاه في شوال. وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف». ج ١٦ ص ١٦٣.

(٥) في ش (إقرار) بدل (الإقرار) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) في ش (الرهن) بدل (البيع) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ش، ح، ك، ق، ط (ولأن) بدل (لأن) والثانية أنسب للمعنى.

(٨) في ز (باع) بدل (باعه) والثانية أنسب للمعنى.

بيطل البيع^(١). كذا^(٢) هذا^(٣). وليس هذا كالبيع إذا طرأ على المبيع؛ لأن المشتري متى اشترى المبيع ثانياً، كانا نقضاً للبيع، فحوى الإقالة^(٤).

١٦٩٣- قال (محمد): إذا شهدوا^(٥) على الرهن، والقبض^(٦)، واختلفا في الزمان، والمكان^(٧)، أو كان ذلك في الهبة، والصدقة مع القبض؛ لا يقبل.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقبل^(٨).

له: أن القبض فعل، وهو لا يتكرر.

لهما: أن التسليم قد يقع بقوله: قبض، وهو قول يتكرر.

١٦٩٤- قال (محمد): إذا لم يفهم القاضي لغة الشاهد، ترحم له رجلان، أو رجل [وامرأتان]^(٩).

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يكفي في ذلك^(١٠) رجل مسلم، عدل، أو امرأة، واثنتان أحب إلي.

وعلى هذا الخلاف، اشتراط العدد في المُرَكَّب، واشتراط الأربعة^(١١)، في الزنا، عند محمد: كالشهادة.

-
- (١) في ط زيادة (ويبطل الرهن) وهي تفصل المعنى وتوصحه.
 - (٢) في ش، ز، ق (فكذا) بدل (كذا) والمعنى معهما واحد.
 - (٣) في ك (هنا) بدل (هذا) والمعنى معهما واحد.
 - (٤) قوله (وليس هذا ... إلى ... الإقالة) سقط من ش، ز، ك، ط. وإثباته بوضح المعنى.
 - (٥) في ز، ك، ق، ط (شهدا) وفي ش (شهد) بدل (شهدوا) والأولى أنسب للسياق.
 - (٦) في ط زيادة (جميعاً) وهي تؤكد المعنى.
 - (٧) في ش، ز، ق، ط (أو المكان) بدل (والمكان) والأولى أنسب؛ لأن الاختلاف قد يكون في أحدهما فقط. وفي ك (في المكان أو الزمان) بدل (في الزمان والمكان) والأولى أفضل، لما سبق قبل قليل.
 - (٨) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٧٣.
 - (٩) في الأصل (وامرأة) وهو وهم من النسخ.
 - (١٠) في ط (لذلك) بدل (في ذلك) والمعنى معهما واحد.
 - (١١) في ز، ح، ق، ط، أ (ويشترط الأربع). وفي ك (وشترط الأربع) بدل (واشترط الأربعة) والأخيرة أنسب للمعنى، لأن عند محمد يشترط في المترحم لكلام الخصم أو لشهود الشاهدين ما يشترط في الشهادة من العدد، وأيضاً التزكية: عند محمد: لا بد من عدد الشهادة، وعددهما: تكفي تزكية الواحد. (انظر المبسوط ج ١٦ ص ٨٩).

له: أن الشهادة نصير حجة به. فصار كالشهادة. فيشترط فيه شرائط الشهادة، ولهذا يشترط المذكورة في باب الحدود، والقصاص.

لهما: أنه يشبه الشهادة من وجه كما ذكره^(١) وليس بشهادة حقيقية، ولهذا لا يشترط لفظ الشهادة، ومجلس^(٢) القضاء، فمن حيث هي^(٣) شهادة شرطت^(٤) الشرط المعقول^(٥) وهو: العدالة والإسلام، والحرية ومن حيث هو^(٦) غير شهادة^(٧): لا يشترط العدد^(٨)؛ لأنه غير معقول.

١٦٩٥. قال (محمد): الورثة إذا أنكروا القسمة، فشهد قاضينا القاضي على أنهما قسما^(٩) بينهم، واستوفى كل واحد^(١٠) نصيبه - لا يقبل. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقبل^(١١).

له: أنهما شهدا على فعل نفسها، فيورث التهمة.

لهما: أن الشهادة في الحاصل على استيفاء كل واحد منهم^(١٢) نصيبه، لأن الحاجة^(١٣) إليه، أما لا حاجة إلى إثبات القسمة، وهذا لا تهمة فيه.

(١) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ (ذكرت) بدل (ذكره) والمعنى معهما واحد. إذ النصير هنا بضمير العائب أو بالخطاب جازم.

(٢) في ك (في مجلس) بدل (ومجلس) والثانية أنسب للمعنى إذا المراد هو عطف مجلس القضاء على لفظ الشهادة.

(٣) في ش، ط (هو) بدل (هي) والثانية أنسب لدلائها على الشهادة.

(٤) في ز، ط، أ (شرطنا) بدل (شرطت) والأولى أنسب للمعنى والسياق، إذ المتحدث أكثر من واحد هنا.

(٥) في ش، ز، ك، ق، ط (الشروط المعقولة وهي) بدل (الشرط المعقول وهو) والأولى أنسب؛ لأنها عدد من الشروط، وليست شرطًا واحدًا.

(٦) في ط (هي) بدل (هو) والأولى أنسب للسياق.

(٧) في ش، ز، ح، أ، ط (الشهادة) بدل (شهادة) والأولى أنسب لسياق الكلام.

(٨) في ش (العدالة) بدل (العدد) والثانية أنسب للمعنى.

(٩) في ك زيادة (فيما) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(١٠) في ك، ط، زيادة (منهم) ولا يغير المعنى ذكرها أو عدمه.

(١١) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٠٣.

(١٢) في ز (منهما) بدل (منهم) والثانية أنسب للمعنى.

(١٣) في ز، ك، ق، ط زيادة (مست) وهي توضح المعنى.

وقيل: هذا إذا لم يُستأجر^(١) على القسمة. وبهذا علل في الأصل^(٢): أنهما لا يحران لأنفسهما^(٣) شيئاً^(٤).

(١) في ح، ق، (يستأجرا) بدل (يستأجر) والأولى أنسب للمعنى لأن السياق يدل على المثنى.

(٢) في ز زيادة (قال: إلا أنهما) وفي ط زيادة (فقال: لأنهما) والمعنى واضح بدون هذه الضافات.

(٣) في ك، ط (إلى أنفسهما) بدل (لأنفسهما) والمعنى معهما واحد.

(٤) في ش، ز، ك، ط (نقلاً) بدل (شيئاً) والمعنى معهما واحد.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد ولا قول لأبي حنيفة فيه

١٦٩٦- قال (أبيوسف): أمة شهد مولاهما على زوجها أنه طلقها، وهي حادثة،
يقبل.

وقال محمد: لا يقبل.

له: أن فيها^(١) تخلصها من^(٢) حباله الزوج، فكانت شهادة للأمة.
لأبي يوسف: أنها إذا جحدت؛ كانت^(٣) شهادة على أمته.

(١) في ش، ح، ك، ق، ط، أ (فيه) بدل (فيها) والثانية أنسب لدلالاتها على الشهادة
(٢) في ط (عن) بدل (من) والثانية أنسب للمعنى.
(٣) في ط (فكانت) بدل (كانت) والثانية أنسب للمعنى.

باب قول زفر

١٦٩٧- قال (زفر): الشاهدان على البيع إذا اختلفا في الزمان، أو المكان؛ لا تقبل شهادتهما.

وعندنا: تقبل^(١).

له: أنهما بيعان^(٢)، وليس على^(٣) واحد منهما شاهدان.

لنا: أن البيع قول، وهو^(٤) يتكرر، فيرجع الثاني إلى الأول.

١٦٩٨- قال (زفر): إذا شهدا على محدود^(٥)، وذكر^(٦) ثلاثة حدود^(٧)، ومكتا عن الرابع؛ لا يقبل.

وعندنا: يقبل^(٨).

له: أن التعريف لم يتم

لنا: أن للأكثر حكم الكل. والله أعلم.

(١) الأصل عند الحنفية في اختلاف الشاهدين في الزمان أو المكان: إن كان المشهود به فعلاً كالقتل، والنصب، والنكاح لا تقبل شهادتهما، وإن كان المشهود به قولاً كالبيع، والشراء، والطلاق، والعتق والكفالة، والدين والرهن والقذف، والحوالة، تقبل شهادتهما. انظر الباية ج ٧ ص ٢٠٧، وتبيين لحقائق ج ٤ ص ٢٣٢ وفتح القدير ج ٦ ص ٥٠٨.

(٢) في ك، ط زيادة (مختلفان) وهي توضيح المعنى.

(٣) في ش، ك، ق زيادة (كل) وهي توضيح المعنى.

(٤) في ش، ز، ك، ق، ط (وأنه) بدل (وهو) والمعنى واحد.

(٥) في ك (دار محدودة) بدل (محدود) والثانية أشمل؛ لأن المراد بها أي عمار محدود سواء كان داراً أو بيتاً، أو منزلاً، أو أرضاً، أو بستاناً.

(٦) في ط (وذكر) بدل (وذكرنا) والثانية أنسب، لأنها معطوفة على شهدا.

(٧) في ط (حدودها) بدل (حدود) والثانية أنسب للمعنى.

(٨) انظر المبسوط ج ١٦ ص ٩٩، والبدائع ج ٨ ص ٣٩١٧.

باب ما قاله الشافعي

١٦٩٩- قال (الشافعي): شهادة الرجل^(١) مع النساء^(٢) في غير الأموال والحقوق المتعلقة بالمال، لا تقبل عنده.

وعندنا: تقبل^(٣). لمامر^(٤) في كتاب^(٥) النكاح^(٦).

١٧٠٠- قال (الشافعي): شهادة أحد الزوجين لصاحبه مقبولة. وعندنا: غير مقبولة^(٧).

له: أنه عدل شهد^(٨) لغيره؛ فتقبل^(٩)، كالأخوين.

لنا: أنه متهم؛ لأن كل واحد منهما يتنفع بمال صاحبه عادة، وقد قال - رحمه الله -
«لا شهادة للمتهم»^(١٠). وقد عرف^(١١).

١٧٠١- قال (الشافعي): شهادة بعض أهل الذمة على البعض غير مقبولة.

(١) في ش، ز، ح، أ، ق (الرجال) بدل (الرجل) والأولى أنسب للمعنى.

(٢) في ز (السوان) بدل (النساء) والمعنى واحد. وفي ط (النساء مع الرجال) بدل (الرجل مع النساء) والمعنى واحد.

(٣) قوله (وعندنا: تقبل) سقط من ك، ق، ط. والإثبات أفضل لمعرفة رأي الحنفية.

(٤) في ز، ك، ط، ق (وقد) بدل (لما) والمعنى معهما واحد.

(٥) (كتاب) سقطت من ط. وذكرها أفضل لزيادة الإيضاح.

(٦) انظر المسألة (٨١٩) والمبسوط ج ١٦ ص ١١٥، ومغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٣، ح ٤ ص ٤٤١.

(٧) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٢٢، والبلانح ج ٩ ص ٤٠٢٧، واللباية ح ٩ ص ١٦٨، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٢١، وفتح القدير ج ٦ ص ٤٧٩، ومغني المحتاج ح ٤ ص ٤٣٤.

(٨) (شهد) سقطت من ش وذكرها أفضل لاكتمال المعنى.

(٩) في ز زيادة (شهادته) وهي توضح المعنى.

(١٠) لم أحده.

(١١) في ش، ز، ق، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف). وهي توصح مكانه ورود هذا الخلاف.

وعندنا: مقبولة^(١).

له: أن الشهادة من باب الولاية، والكرامة، وهو مستحق للإهانة، وصار^(٢) كالحربي

لنا: أن [شهادته]^(٣) مؤثرة في تغليب الظن، لوجود العقل، والدين الداعيين إلى الصدق، والصارفين عن الكذب؛ فيجب القضاء به^(٤).

١٧٠٢- قال (الشافعي): فيما لا يطلع عليه الرجال يشترط شهادة أربع نسوة.

وعندنا: الواحدة تكفي، والإثنتان أحوط^(٥).

له: أن الشهادة المطلقة، شهادة رحلين، والمثنى منهن^(٦) بمنزلة رجل واحد -

لنا: أن هذا خبر، وليس شهادة^(٧)، ولهذا لا يشترط لفظه الشهادة، وخبر الواحد في الديانات مقول^(٨).

١٧٠٣- قال (الشافعي): رجلان شهدا على شهادة رجل، ثم شهد هذان الفرعان على شهادة رجل آخر في هذه الحادثة - لا تقبل.

(١) انظر البناية ج ٧ ص ١٨٢، والمبسوط ج ١٦ ص ١٣٣، ١٣٤، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٢٣، والدائع ج ٩ ص ٤٠٥٦، مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧.

(٢) في ش، ك (فصار) بدل (وصار) والمعنى معهما واحد.

(٣) في الأصل (شهادة) وفي ش، ك (الشهادة) وما أثبتناه أنسب للمعنى.

(٤) في ز، ش، ك، ط زيادة (وقد عرف تمامه في طريقة الخلاف) وهي توضح مكان ورود هذا الخلاف.

(٥) في ط (تكفي الواحدة، والثنتان أحوط) بدل (الواحدة تكفي والإثنتان أحوط) والمعنى واحد. انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٤٣، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٠٩، والدائع ج ٩ ص ٤٠٥٠، والبناية ج ٧ ص ١٣٦، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٤٤٢، وحاشية الشرفاوي ج ٢ ص ٥٠٥.

(٦) (منهن) سقطت من ش. والمعنى لا يستقيم بدونها

(٧) في ك، ق، ط (وليس بشهادة) بدل (وليس شهادة) والثانية أفضل لدلائها على مذكر وهو (الخير).

(٨) في ش، ك (مقبولة) بدل (مقول) والثانية أفضل لدلائها على مذكر وهو خبر الواحد.

وعندنا. تجوز^(١).

له: أن هذين الفرعين قاما مقام أصل واحد، فصار كأصل واحد شهد بنفسه،
وشهد على شهادة غيره.

لنا: أن نقل شهادة الفروع^(٢) إلى مجلس القضاء ضرب حق [فهما]^(٣) إذا
شهدا بحق آخر^(٤)؛ ثبتا^(٥) جميعاً، كما لو شهدا بدين، ثم^(٦) بدين، وليس
هذا^(٧) شهادة على المال - كما قال الخصم - بل هذا^(٨) شهادة^(٩) غيره، على
ما مر.

(١) في ز، ك، ق، ط (تقبل) بدل (تجوز) والأولى أنسب للسياق، انظر المبسوط ج ١٦ ص
١٣٨، والناية ج ٧ ص ٢٢٢، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٣٨، وفتح القدير ج ٦ ص ٥٢٣.
والصحيح عند الشافعية أنها تقبل. قال في معنى المحتاج: «يكفي شهادة اثنين فرعين على
الشاهدين الأصليين كما لو شهدا على مقرين، والمراد أن يشهد كل من الفرعين على كل
من الأصليين، ولا يكفي واحد على هذا، وواحد على الآخر قطعاً» ج ٤ ص ٤٥٥،
وحاشية الشرقاوي ج ٢ ص ٥٠٧.

(٢) في ز، ك، ط، ق (الأصول) بدل (الفروع) والأولى أنسب للمعنى؛ لأن الفروع هم الذين
يتخلون شهادة الأصول

(٣) في الأصل (فبهما) وفي ح، أ (فيها). وفي ط (فيما) وما أثبتناه أنسب للمعنى واللباق
(٤) هي ك، ق، ط زيادة (إذ شهدا بحق، ثم شهدا بحق آخر) والزيادة تؤدي إلى وضوح
المعنى واستقامته.

(٥) في ز، ك، ق (قبلنا) وفي ط (يشتان) بدل (ثبنا) والتعبير بأي من هذه اللفاظ جائز على
اعتبار أن المراد بالأولى الشهادتان، والمراد بالثانية، والثالثة الحقان.

(٦) في ط زيادة (شهدا) وهي توضح المعنى.

(٧) في ط (هذه) بدل (هذا) والأولى أنسب لدلالتهما على الشهادة.

(٨) انظر الفقرة السابقة.

(٩) في ش، ز، ك، ق، ط زيادة (على شهادة) وهي توضح المعنى أكثر.

باب جوابات مالك

- ١٧٠٤- قال (مالك): فيما لا يباح للرجال النظر إليه؛ تقبل شهادة النساء، ويشترط امرأتان؛ لأن المرأة في هذا كالرجل، وفي الرجل يشترط المثني، فكذا هذا. وجوابه قد^(١) مر في باب الشافعي^(٢).
- ١٧٠٥- قال (مالك): شهادة الأعمى مقبولة فيما لا يحتاج فيه إلى الإشارة؛ لأن العلم يقع له بالسمع.
- وجوابه ما مر في باب أبي يوسف^(٣).
- ١٧٠٦- قال (مالك): إذا شهد الصبيان^(٤) على جراحه وقعت بينهم؛ قبلت^(٥)، ويقضى^(٦) بها.
- وعندنا: لا تقبل^(٧).

-
- (١) في ك، ط (ما مر) بدل (قد مر) واسمعى واحد.
- (٢) انظر المسألة (١٧٠٢) والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٩٠٦، ٩٠٧، وبلغه السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٣٣٤، والقوانين الفقهية ص ٢٠٤.
- (٣) انظر المسألة (١٦٨٩)، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٨٩٨ وبلغه السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٣٢٤.
- (٤) في ز، ق، ط زيادة (العقلاء) وهذه الزيادة وعدمها سواء، لأن هذا الشرط معلوم بالضرورة.
- (٥) في ط (فقبلت) بدل (قبلت) والثانية أنسب للمعنى.
- (٦) في ش، ز، ك، ق، ط (وقضى) بدل (ويقضى) والمعنى معهما واحد.
- (٧) عد المالكية تقبل بشروط، وهي: أن لا تختلف أقوالهم، وألا يفتروا قبل الشهادة، إلا أن يشهد الرجال العدول على شهادتهم قبل أن يفتروا. وأن تكون شهادتهم على صبي شخ أو ضرب أو قتل، أو مرق ثياب صبي آخر، فلا تقبل شهادتهم على صبي فعل ذلك برجل، ولا على رجل فعل ذلك بصبي، وأن يكون الصبيان أحرارًا، ذكورًا. وأن لا يكون بينهم كبير أثناء الحادثة. (انظر بلغه السالك والشرح الصغير ص ٣٣٠، ٣٣١، والكافي لابن عبد البر ج ٢ ص ٩٠٨، والموسط ج ١٦ ص ١٣٦، والبدائع ج ٩ ص ٤٠٢٤).

له . أنه لو لم يقبل - وهذا موضع لا يحضره غيره - يؤدي إلى تعطيل هذه الحقوق .
لنا: أن الحاجة إنما تدفع^(١) شهادة من هو أهل الشهادة، والصبي ليس من أهلها .

(١) في ك، ق، ط (تدفع) بدل (تدفع) والمعنى منهما واحد .

كتاب الرجوع عن الشهادات

باب قول أبي حنيفة خلاف قول صاحبيه

١٧٠٧- قال (أبو حنيفة): إذا شهد رجل وعشر نسوة بحال، وقُضي به [ثم رجعوا]^(١)، فعلى الرجل السدس، وعلى النساء خمسة أسداس المال^(٢).
وقال أبو يوسف ومحمد: عليه النصف، وعليهن النصف^(٣).
لهما: أن النسوة وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد، حتى لا بد له^(٤) من انضمام رجل إليهن، فصرن كرجل واحد.
له: أن حالة الاجتماع مع الرجل، كل^(٥) امرأتين كرجل^(٦)، فصار عشر نسوة، خمسة رجال^(٧).

(١) سقط من الأصل، والمعنى لا يكتفى بدونه.

(٢) في ز (أسداسه) بدل (أسداس المال) والثانية أوضح.

(٣) انظر مختصر لطحاوي ص ٣٤٧، والمبسوط ج ١٦ ص ١٨٧، والبناء ج ٧ ص ٢٤٧، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٤٦، والبدائع ج ٩ ص ٤٠٧٣، وفتح القدير ج ٦ ص ٥٤٣.

(٤) (له) سقطت من ش، ز، ح، أ، ك، ق، ط وعدم إثباتها أولى؛ لأنه لا معنى لها.

(٥) في ش (وكل) وفي ز، ط (فكل) بدل (كل) والأخيرة أنب للمعنى.

(٦) في ز، ق زيادة (واحد) وهي توضح المعنى أكثر.

(٧) في ش (كرجل واحد) بدل (خمسة رجال) والثانية أسب للمعنى.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١٧٠٨- قال (أبيوسف): إذا ادعى نكاح امرأة على مائة، وقالت: تزوجني^(١) على ألف، ومهر مثلها ذلك، فأقام شاهدين على مائة، وقُضِيَ به، ثم رجعا بعد الدخول بها، لا يصحان لها شيئاً.
وقال أبوحنيفة ومحمد: [يضمنان]^(٢) لها تسعمائة^(٣) بناء على أن القول قولها إلى تمام مهر مثلها، فكان يقضي لها بالألف لولا شهادتهما، فهما أتلفا تسعمائة. وعنده: القول قول الزوج، فلم^(٤) يتلفا عليه^(٥) شيئاً، وقد مر في النكاح^(٦).

-
- (١) في ط (تزوجني) بدل (تزوجني) والمعنى معهما واحد.
(٢) سقط من الأصل، والمعنى لا يتم بدونه.
(٣) في ك، ط زيادة (درهم) وإثباتها وعدمه سواء. انظر المبسوط ج ١٧ ص ٦، وفتح القدير ج ٦ ص ٥٤٣.
(٤) في ش، ك (ولم) بدل (فلم) والثانية أسبب للمعنى.
(٥) في ز، ق، ط (عليها) بدل (عليه) والأولى أفضل؛ لأن الضمان للمرأة على إسقاط حرة من المهر، فلما كان القول قول الزوج عنده، والزوج يقول: مائة، فلم يتلف الشاهدان على المرأة شيئاً.
(٦) يقصد أن القول قول الزوج إذا اختلفا في مقدار المسمى عند أبي يوسف: مر في كتاب النكاح، المسألة (٧٣٦).

باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه

١٧٠٩- قال (محمد): إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين، فقفني به، ثم رجع الأصلان؛ بضمان.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يضمنان^(١).

له: أنهما نفذتا^(٢) شهادة الأصلين^(٣)، فصار كأنهما شهدا ثم رجعا.

لهما: أنه لم يرجع من الأصلين أداء الشهادة عند القاضي، والمعتبر في الضمان هو الأداء. والرجوع عند القاضي.

وعلى هذا الخلاف^(٤): فيما إذا رجع الأصلان والفرعان، فالضمان على الفرعين عند أبي حنيفة وأبي يوسف^(٥).

وعند محمد: يتخير: إن شاء ضمن الأصلين، وإن شاء ضمن الفرعين؛ لما بينا.

(١) انظر البدائع ج ٩ ص ٤٠٧١، وفتح القدير ج ٦ ص ٥٤٩، والسياسة ج ٧ ص ٢٥٦.

(٢) في ز، ك، ق، ط (نقلا) بدل (نفذا) والأولى أنيب للمعنى.

(٣) في ز (أصلين) بدل (الأصلين) والتعبير بأي من اللغتين جازئ.

(٤) (الخلاف) سقطت من ش، ق. وعبرة (الخلاف فيما) سقطت من ك، ط، ولا يتعبير المعنى بسقوطها.

(٥) في ش، ز، ك، ط زيادة (لأن التلف حصل بالشهادة المؤداة عند القاضي) وهي نوصح المعنى.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول محمد ولا قول فيه لأبي حنيفة

١٧١٠- قال (أبيوسف): لو^(١) شهد شاهدان، على^(٢) شاهدين بمال^(٣)، وشهد شاهدان على شهادة أربعة^(٤) بذلك المال^(٥)، ثم رجعوا، فثلث الضمان على شاهدي شهادة شاهدين، والثلاثان على شاهدي شهادة الأربع^(٦). وقال محمد: عليهما نصفان^(٧).

له: أن القضاء يقع بشهادة الفروع؛ لأنهم اثبتوا الحق عند القاضي، وهما سواء في ذلك.

لأبي يوسف: أن الحكم يجري بشهادة الأصول حقيقة؛ لأنه لا شهادة للفرع^(٨) على المال، فصار كالأصول^(٩) شهدوا، ثم رجعوا، وهم ستة، فيضمنون أصداناً، فيضمن فروعهم على هذا الاعتبار.

(١) مي ز، ك (إذا) بدل (لو) والمعنى معهما واحد.

(٢) في ش، ز، ك، ق، ط زيادة (شهادة) وهي توضح المعنى.

(٣) (بمال) سقطت من ح، ك، أ. وإثباتها أفضل لاستقامة المعنى.

(٤) في ش (الأربعة) بدل (أربعة) والثانية أنسب للأسلوب.

(٥) (بذلك المال) سقطت من ز. وذكرها أفضل لإيضاح المعنى. وفي أ (به) بدل (بذلك المال) والثانية أفضل لوضوحها، وفي ز زيادة (قضي به) وهي تسم المعنى.

(٦) في ط (الأربعة) بدل (الأربع) والأولى أفضل لموافقتها قواعد النحو، وفي ز (ثلث الضمان على شاهدي الأربع، وثلث الضمان على شاهدي شهادة الشاهدين) بدل (ثلث الضمان ... إلى ... شهادة الأربع) والمعنى واحد.

(٧) انظر المبسوط ج ١٧ ص ١٩، وقول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف

(٨) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ (للفروع) بدل (للفرع) ويجوز هنا التعبير بالجمع أو المذكر.

(٩) في ز، ح، ك، ق، ط، أ (كان الأصول) بدل (كالأصول) والأولى أنسب للمعنى.

١٧١١- قال (أبويوسف): لو شهد شاهدان على شهادة شاهدين^(١)، وشاهدان على شهادة شاهدين، ثم رجع أحد هذين، وأحد هذين، فعلى^(٢) الراجعين نصف الضمان - في رواية هذا الكتاب - وقيل: هو قول أبي يوسف: وقال في الجامع الكبير: عليهما ثمنان، ونصف ثمن^(٣) من الضمان، وقيل هو قول محمد^(٤).

وجه الرواية الأولى: أنه بقي ههنا من يبقى ببقائه نصف الحق؛ لأن الحق ثبت بالأربعة، وقد بقي اثنان^(٥) منهم، فكان التالف هو النصف.

وجه الرواية الثانية: أن أحد الباقيين بقي بنصف الحق؛ لأن صاحبه لو لم يرجع يبقى كل الحق^(٦)، وأما الآخر فقد بقي ببعض الحق، وهو دون النصف؛ لأننا^(٧) لو قلنا: بقي النصف لكان الثابت كل الحق، وليس كذلك؛ لأن في الابتداء^(٨) لا يثبت بشهادتهما^(٩) شيء، فيقول: ذلك البعض ثمن ونصف^(١٠)؛ لأن^(١١) الباقي إما أن يكون كواحد من الأربعة الأصول، فيبقى به ربع الحق، أو كأحد الباقيين الذين شهدوا^(١٢) على شهادة أصل واحد، فيبقى به ثمن الحق، ثم هو أقوى من أحد اللذين [شهدا]^(١٣) على شهادة واحد؛ لأن القاضي لا يقضي بذلك. وههنا لو لم يرجع صاحبه، قضى به،

(١) في ز زيادة (حق) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٢) في ك زيادة (هذين) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٣) في ط (الثن) بدل (ثمن) والمعنى معهما واحد.

(٤) انظر الجامع الكبير ص ١٧٥، والمسوط ج ١٧ ص ٢٠.

(٥) في ش، ز، ك (الاثنان) بدل (اثنان) والثانية أنسب للسياق.

(٦) في ش (لبقي حق الكل) وفي ط (لبقي كل الحق) بدل (يبقى كل الحق) والثانية والثالثة أنسب للمعنى.

(٧) في ز (لأنه) بدل (لأننا) والثانية أنسب للسياق.

(٨) في ط زيادة (لو شهد أحدهما على أصل والآخر على أصل آخر) وهي توضيح المعنى.

(٩) في ش (شهادتهما) بدل (بشهادتهما) والثانية أنسب للمعنى.

(١٠) في ك، ط زيادة (ثمن) وهي تزيد المعنى وضوحاً.

(١١) في ز، ح، ق، أ، ك، ط زيادة (هذا) وهي توضيح المعنى.

(١٢) في ح، ك، ق، ط، أ (كأحد الباقيين اللذين شهدا) بدل (كأحد الباقيين الذين شهدوا) والأولى أنسب للسياق.

(١٣) في الأصل (شهدوا) وهو وهم؛ لأن ما قبلها منى.

وهو أضعف من أحد اللذين شهدا بشهادة^(١) نفسه؛ لأن ذلك ليس
بضروري، وهذا ضروري، فإذا بقي به ربع الحق في حال، وثمنه في
حال، فيجعل كأنه بقي بثمان^(٢) ونصف، لأن الثمن متيقن، والشك في ثمن
آخر^(٣)، فينصف، ويضم إلى النصف الذي بقي ببقاء الآخر، فيكون خمسة
أثمان ونصف ثمن؛ فكان التالف ثمان ونصف^(٤)، فيجب على الراجعين
بالسوية^(٥)، لاستوائهما في السبب.

-
- (١) في ز (على شهادة) بدل (بشهادة) والمعنى معهما واحد.
(٢) في ش، ح، ق (ثمان) بدل (بثمان) والمعنى معهما واحد
(٣) في ط (الثمان) بدل (ثمان آخر) والثانية أنسب للمعنى .
(٤) في ط زيادة (ثمان) وهي توضح المعنى.
(٥) في ش، ط (بالسوية) بدل (بالسوية) والمعنى معهما واحد .

كتاب الدعوى

باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه

- ١٧١٢- قال (أبو حنيفة): يستحلف في دعوى القصاص في النفس، والأطراف جميعاً، فإن حلف، قطع دعواه، وإن نكل^(١) في النفس لا يقضى بشيء، لكن يحبس، ويجبر حتى يحلف أو يُقَرَّ. وفي الأطراف^(٢) يقضى بالقصاص. وقال أبو يوسف ومحمد: يقضى بالدية في النفس، والأرض في الطرف^(٣).
لهما: أن النكول إقرار فيه شبهة^(٤)، فيصلح لإيجاب المال دون القصاص.
له: أن النكول بدل، والبدل^(٥) يجري في الأطراف؛ لأنها بمنزلة الأموال، ولا يجري في الأنفس^(٦)، وقد عرف^(٧).
١٧١٣- قال: (أبو حنيفة): إذا أقام رجل^(٨) البينة أنه ابن هذا الميت، ووارثه، ولم يقولوا: لا نعلم له وارثاً آخر^(٩) غيره^(١٠)، وتلوم^(١١) القاضي زمناً، فلم^(١٢)

-
- (١) نكل من النكول وهو الرجوع عن حلف اليمين. (انظر لسان العرب ج ١١ ص ٦٧٧)
(٢) في ط (الطرف) بدل (الأطراف) والمعنى معهما واحد.
(٣) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١١٧، والثانية ج ٧ ص ٤١٦. وتبين الحقائق ج ٤ ص ٢٩٩.
(٤) في ز (الشبهة) بدل (شبهة) والتعبير بأى من اللفظتين جائز.
(٥) في ط، ق، ك (بدل والبدل) بدل (بدل والبدل) والثانية أنسب للمعنى.
(٦) في ز (النفس) بدل (الأنفس) والمعنى معهما واحد.
(٧) في ز، ق، ط زيادة (تمامه في طريقة الخلاف) وفي ك زيادة (ونماه في المختلف) وهاتان الزيادتان توضحان مكان ورود الخلاف. (انظر المختلف الورقة ٨٠)
(٨) في ز، ش، ط (الرجل) بدل (رجل) والمعنى معهما واحد.
(٩) (آخر) سقطت من ش، ز، ق، ط، ك. والمعنى لا يتغير بسقوطها.
(١٠) في ط (غير هذا) بدل (غيره) والمعنى معهما واحد.
(١١) أي انتظر. (لسان العرب ج ١٢ ص ٥٥٧).
(١٢) في ر (ولم) وفي ق، ط (لم) بدل (لم) والمعنى مع هذا اللفظ واحد.

يظهر له وارث آخر - دفع الميراث^(١)، ولا يأخذ منه كفيلاً، قال: هذا شيء أخطأ^(٢) به القضاة، وهو جور.

وقال أبو يوسف ومحمد: يأخذ منه كفيلاً^(٣).

لهما: أنه قد يكون له وارث آخر، فيؤخذ منه^(٤) كفيلاً نظراً له، احتياطاً له: أن هذا تأخير حق ظاهر، لأمر موهوم، وأنه لا يجوز، [ولأنه]^(٥) أخذ الكفيل من المجهول^(٦)، وإذا لا يجوز.

١٧١٤- قال (أبو حنيفة): دار في يد رجل، أقام رجل البيعة، أن أباه مات وتركها^(٧) ميراثاً له، ولأخيه الغائب، لا وارث له غيرهما؛ فُقِصِي له بحصته، وترك نصيب الغائب في يد ذي اليد.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا انكر ذو اليد، أخرجت الدار من يده^(٨)، ووضعت على يد عدل^(٩).

قيل: إن هذا الخلاف^(١٠) بناء على أنه يجوز هذا القضاء عندهما للغائب، وعنده: لا يجوز. وقيل: لا خلاف^(١١) في القضاء له^(١٢)، لكن^(١٣) في ترك نصيبه في يد ذي اليد.

(١) في ق، ك، ط زيادة (إليه) وهي توضح المعنى.

(٢) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ (أخطأ) بدل (أخطأ) والأولى أنسب للمعنى.

(٣) هذا إذا كان الوارث مما لا يحتمل الحجب، وأما إذا كان ممن يحتمل الحجب فلا يدفع له شيء بالاتفاق. (انظر البدائع ج ٩ ص ٤٦، ٤٧، ٤٨، والمبسوط ج ١٧ ص ٥٢).

(٤) (منه) سقطت من ط. وذكرها أفضل لريادة الإيضاح.

(٥) في الأصل (ولأن) والمعنى لا يستقيم بها.

(٦) في ز، ك، ق، ط (للمجهول) بدل (من المجهول) والأولى أنسب للمعنى.

(٧) في ط (وتركها) بدل (وتركها) والثانية أفضل لعود الضمير فيها على الدار.

(٨) في ط (من يد ذي اليد) بدل (من يده) والثانية أفضل لاختصارها، واستقامة الأسلوب معها.

(٩) انظر المبسوط ج ١٧ ص ٤٧.

(١٠) في ط (الاختلاف) بدل (الخلاف) والمعنى معهما واحد.

(١١) في ط (لا اختلاف) بدل (لا خلاف) والمعنى واحد.

(١٢) (له) سقطت من ك، ق، . وذكرها أفضل لايضاح المعنى.

(١٣) في ز (إنما الخلاف) وفي ق (لكن الخلاف) وفي ط (ولكن) بدل (لكن) والأولى والثانية

لهما أنه متى أنكره^(١) صار خائناً، فلا يترك المال في يده نظراً للغائب.
له. أنه أمين الميث، والغائب، وقد يرضى بكونه في يده، فلا ينتزع
بالشك. قوله^(٢): صار خائناً، قلنا: ليس كذلك، بل إنكار الوديعة، بغية
من المالك عند دعوى الغير نوع صيانة.

١٧١٥- قال (أبوحنيفة): عبد في يد رجل، أقام آخر البيعة أنه عبده، ولد في ملكه
من أمته هذه، من عبده هذا، وأقام آخر البيعة أنه عبده، ولد في ملكه، من
أمة هذه، من عبده هذا^(٣)؛ قضى بالعبد لهما - بالإجماع - وشت نسبه من
العبدین، والأمتين.

وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت من العبدین، ولا يثبت من الأمتين. وكذا
قالا^(٤) في الحرين والحرثين^(٥).

لهما: أن [ولادة]^(٦) ولد واحد من أمتين محال^(٧)، بخلاف انخلاقه^(٨) من
ماء رجلين.

له: أن ثبات^(٩) النسب من الرجلين بعلّة الاشتباه، وقيام الحجة، وهذا
موجود في حق المرأتين، وما ذكر من الاستحالة، قلنا: [لا استحالة ولا
تدافع]^(١٠) في حق الأحكام، ونحن لا نثبت إلا ذلك^(١١).

أفضل لوضوح المعنى بهما.

- (١) في ش، ز، ح، ك، ط، أ (أنكر) بدل (أنكره) والمعنى معهما واحد.
- (٢) في ك (وقوله) بدل (قوله) والأولى أفضل لاشتمالها على وار الاستثناء، وهو هنا يتألف
كلاماً جديداً.
- (٣) في ط (البيعة كذلك) بدل (البيعة أنه عبده ولد في ملكه من أمة هذه، من عبده هذا)
والثانية أفضل لوضوحها.
- (٤) (قلنا) سقطت من ك. والإثبات أفضل لزيادة الإيضاح.
- (٥) انظر المبسوط ج ١٧ ص ٦٩ - ٧٢.
- (٦) في الأصل (أولاده) والمعنى لا يستقيم معها.
- (٧) في ق زيادة (وهذا) ولا فائدة لها.
- (٨) في ك (علوقه) بدل (انخلاقه) وتؤيدان إلى معنى واحد.
- (٩) في ز، ق (اثبات) بدل (ثبات) والمعنى معهما واحد.
- (١٠) في الأصل (الاستحالة لا تدافع) والمعنى لا يستقيم بهذا.
- (١١) في ز زيادة (في ذلك) ولا أثر لها.

١٧١٦. قال (أبو حنيفة): دار في يد رجل، ادعى رجل أنه اشترى كلها بألف درهم، وادعى آخر أنه اشترى نصفها بخمسمائة درهم، وادعى ثالث أنه اشترى^(١) ثلثها بستمائة درهم، وأقاموا البينة؛ يقضى بها لهم، فإن شاؤوا أخذوها بالحصص، وإن شاؤوا تركوها^(٢)؛ لعدم رضاهم ببعض، فإن اختلفوا الأخذ، قسمت الدار بينهم على طريق المنازعة.

وقال أبو يوسف ومحمد^(٣): على طريق العول^(٤)، والمضاربة^(٥).

بيان طريقة أبي حنيفة: أنا نحتاج إلى حساب له ثلثان ونصف، وأقله ستة، فمدعى الثلثين يدعى أربعة، ومدعى النصف يدعى ثلاثة، فلا^(٦) منازعة لهما في سهمين، فهما لمدعى الكل، بقي^(٧) أربعة، ومدعى النصف لا يدعى إلا ثلاثة فتخلي^(٨) سهم عن منازعته، وتنازع^(٩) مدعى الكل، ومدعى الثلثين، فيكون بينهما، فانكسر، فأضرب اثنين في ستة، فصار اثني عشر، فصاحب الثلثين لا يدعى أكثر من ثمانية، فأربعة سلمت لمدعى الكل، ومدعى النصف لا يدعى أكثر من ستة، فسهمان لمدعى^(١٠) الكل والثلثين^(١١)، لكل واحد منهما^(١٢) سهم، وبقيت ستة^(١٣) استوت

- (١) (أنه اشترى) سقطت من ز. وإبانتها أفضل لاكمال المعنى.
- (٢) في ش، ز، ك، ق (تركوها) بدل (تركوا) والأولى أنسب للسياق.
- (٣) في ق، ط زيادة (يقسم) وهي توضح المعنى.
- (٤) العول هو أن يجاوز سهام الميراث سهام المال، فيدخل النقصان على أهل الفرائض. (طلبة الطلبة ص ٣٤٧، أنيس الفقهاء ص ٣٠١) والقسمة عن طريق المنازعة هو أن ينظر إلى القدر الذي وقع النزاع فيه. فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالمًا لمدعيه. (انظر الدائع ج ٨ ص ٣٩٥٧).
- (٥) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٦٥.
- (٦) في ش، ز، ك، ط (والا) بدل (فلا) والمعنى معهما واحد.
- (٧) في ش، ز، ك، ق، ط (وبقي) بدل (بقي) والمعنى معهما واحد.
- (٨) في ش، ز، ك، ق، ط (فتخلي) بدل (فتخلي) والأولى أبلغ في الدلالة على المعنى.
- (٩) في ق (وتنازعا فيه) وفي ط، أ (وتنازع فيه) بدل (وتنازع) والأولى والثانية أنسب للمعنى.
- (١٠) في ز (بين مدعي) بدل (لمدعي) والمعنى مع الأولى أوضح.
- (١١) في ح (لصاحب الثلثين ولصاحب الكل) بدل (لمدعي الكل والثلثين) والمعنى واحد.
- (١٢) (منهما) سقطت من ق، ط. وإبانتها أفضل لزيادة الإيضاح.
- (١٣) في ك زيادة (أسهم) وهي توضح المعنى.

منازعتهم فيها^(١) فكان لكل واحد منهم^(٢) سهمان منها^(٣)، فإذا أصاب صاحب الكل سبعة من اثني عشر، وذلك ثلاثة أسداس، ونصف سدس، وأصاب صاحب الثلثين ثلاثة^(٤)، وذلك سدس، ونصف سدس، وأصاب^(٥) صاحب النصف سهمان، وذلك سدس المال، وعلى كل واحد منهم من الثمن بقدر ما أصاب.

وبيان طريقتيهما: وهو^(٦) أن صاحب الكل يضرب بالكل، وهو ستة، وصاحب الثلثين يضرب بالثلثين، وهو أربعة، وصاحب النصف بالنصف، وهو ثلاثة، فصار الكل ثلاثة عشر، ولصاحب الكل ستة، ولصاحب الثلثين أربعة من ثلاثة عشر. ولصاحب النصف ثلاثة من ثلاثة عشر، وعلى كل واحد منهم من الثمن بقدر ذلك.

لهما: أن المنازعة وقعت في أجزاء غير معينة، ولا مشار إليها، فيقسم على طريق^(٧) العول، كرجل مات، وترك ألف درهم، ولرجل عليه ألف درهم دينًا، ولآخر^(٨) ألفان، يقسم بينهما أثلاثًا بطريق العول، وكذا في الموارث يقسم كذلك.

له: أن المنازعة وقعت في العين، والعين قط لا تعول، فيقسم على طريق^(٩) المنازعة، وهو كثلاثة رجال تنازعوا في ثلاثة أعبد^(١٠)، ادعى أحدهم^(١١) كلهم،

-
- (١) في ز (في ذلك) بدل (فيها) والمعنى معهما واحد.
 - (٢) لي ش (منهما) بدل (منهم) والثانية أفضل لدلالاتها على أكثر من اثنين.
 - (٣) (منها) سقطت من ق، ط. والإثبات أفضل لزيادة الإيصاح.
 - (٤) في ش، ز، ك، ق زيادة (من اثني عشر) وهي توضح المعنى.
 - (٥) في ش، ق (فأصاب) بدل (وأصاب) والثانية أنسب للسياق.
 - (٦) (وهو) سقطت من ش، ز، ك، ق، ط، ولا يتغير المعنى بسقوطها.
 - (٧) في ش، ز (طريقة) بدل (طريق) وتؤيدان إلى المعنى المراد.
 - (٨) في ز زيادة (عليه) وهي توضح المعنى.
 - (٩) في ز (بطريق) بدل (على طريق) والمعنى معهما واحد.
 - (١٠) في ط (عبد) بدل (أعبد) واللفظتان جائزتان.
 - (١١) في ك (أحدهم يدعي) بدل (ادعى أحدهم) والمعنى واحد.

والآخر^(١) اثنين منهم، والآخر^(٢) واحد منهم، وأقاموا البينة، فالخالي عن
منازعة مدعي الواحد والاثنين لمدعي الكل، والخالي عن منازعة مدعي
الواحد بين مدعي الاثنين ومدعي الكل^(٣)، والذي تنازعوا فيه^(٤) بينهم
أثلاثاً، فكذا هذا، بخلاف ما ذكر من الصورة؛ لأن المتنازع^(٥) فيه ابتداء،
هو الدين في ذمة الميت دون العين.

١٧١٧- قال (أبوحنيفة): وإن^(٦) ادعاهما رحلان، أقام أحدهما البينة على شراء
الكل، والآخر على شراء النصف فلمدعي الكل ثلاثة أرباع^(٧)، بطريق
المنازعة عند أبي حنيفة^(٨) ولمدعي النصف ربه.

وعند أبي يوسف ومحمد: لمدعي الكل ثلثاه، ولمدعي النصف ثلثه؛ لأن
مدعي الكل يضرب بأكمله، ومدعي النصف^(٩) بنصفه بطريق العول^(١٠)،
والوجه مأمور^(١١).

١٧١٨- قال (أبوحنيفة): دار في يد ثلاثة نفر، ادعى أحدهم كلها، وادعى^(١٢)
الآخر نصفها، وادعى الثالث ثلثين^(١٣)، في يد كل واحد منهم ثلث الدار،

(١) في ش، ك، ق، ط (وآخر) بدل (والآخر) ويؤيدون إلى نفس المعنى، وفي ط زيادة
(ادعى) وهي توضح المعنى.

(٢) انظر الفقرة السابقة.

(٣) في ز زيادة (نصفان) وهي توضح المعنى.

(٤) (فيه) سقطت من ز، وذكرها أفضل لإيضاح المراد. وفي ش (فيهم) بدل (فيه) والثانية
أفضل لدلالاتها على مفرد وهو العبد المتنازع فيه.

(٥) في ش، ك (المتزعة) بدل (المتنازع) والثانية أنسب للمعنى.

(٦) في ك (وإذا) بدل (وإن) والمعنى معهما واحد.

(٧) في ز، ك (والأرباع) بدل (أرباع) والثانية أنسب للسياق.

(٨) (عند أبي حنيفة): سقطت من ش، وعدم ذكرها أفضل؛ لأن الباب لأبي حنيفة، فيكون
هذا تكراراً.

(٩) قرنه (بأكمله ومدعي النصف) سقط من ق. والمعنى لا يتم بدونه.

(١٠) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٦٥، ١٦٦، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٣٢٣، والدائع ج ٨
ص ٣٩٥٧، ومختصر الطحاوي ص ٣٥٤.

(١١) أي في المسألة السابقة.

(١٢) (ادعى) سقطت من ط. والمعنى واضح بدونها.

(١٣) في ش، ح، ك، أ، ق، ط (الثلثين) بدل (ثلثين) والمعنى معهما واحد. وفي ز (وادعى)

فإن أقاموا جميعًا البينة، قسمت الدار بينهم على طريق المنازعة على أربعة وعشرين سهمًا، خمسة عشر لمدعي الكل، وستة لمدعي الثلثين، وثلاثة لمدعي النصف^(١).

وروجه ذلك: أن يجمع بين دعوى الكل، ومدعي الثلثين على ما في يد مدعي النصف. فمدعي الكل يدعى كله، ومدعي الثلثين يدعي نصفه، فالنصف لمدعي الكل بلا منازعة، والنصف الآخر تنازعا فيه، فصار أربعة، وإذا صار هذا الثلث على أربعة صار كل ثلث كذلك، فصار الكل اثنا عشر، ثم يجمع بين دعوى مدعي الجميع، ومدعي النصف على ما في يد مدعي الثلثين - وهو الثلث: أربعة من اثني عشر - فمدعي الكل يدعي كله، ومدعي النصف: ربعه، وهو سهم، فسلم^(٢) ثلاثة لمدعي الكل، وتنازعا في سهم، فتنصف فانكسر، فأضرب في اثني عشر^(٣)، فصارت^(٤) الدار أربعة وعشرون، في يد كل واحد منهم ثمانية، ثم يجمع^(٥) بين [دعوى]^(٦) مدعي الكل، ومدعي الثلثين على ما يدعى النصف - وهو ثمانية -^(٧) فأربعة سلمت لمدعي الكل بلا منازعة؛ لأن مدعي الثلثين^(٨) لا يدعى إلا ستة عشر من الكل، وثمانية^(٩) في يده، وأربعة في يد مدعي

الآخر ثلثها) بدل (وادعى الثالث ثلثين) والثانية أنسب للمعنى.

(١) انظر المبسوط ج ١٦ ص ١٦٨، ١٦٩.

(٢) في ك، ق، ز (فسلمت) بدل (فسلم) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ش، ز، ح، ك، ق، ط، أ (فتضعف أصل الحساب) بدل (ماضرب في اثني عشر) والأولى أنسب للمعنى.

(٤) في ش (فصار) وفي ك (فتصير) بدل (فصارت) والثانية أنسب؛ لأن الدار لعط مؤث.

(٥) في ك، ق، ط (فيجمع) بدل (ثم يجمع) والمعنى واحد.

(٦) في الأصل (الدعوى) ويختل السياق بهذا.

(٧) في ز، ش، ط، ق، ك (على الثمانية التي في يد مدعي النصف). وفي ح، أ (على ما في يد مدعي النصف وهو ثمانية) بدل (على ما يدعى النصف وهو ثمانية). والأولى والثانية أفضل لوضوحهما وتماهما، واستقامة المعنى بهما.

(٨) في ز، ش، ك، ق (لأنه) بدل (لأن مدعي الثلثين) والثانية أصل لاستقامة المعنى بها.

(٩) في ش، ر، ح، ك، ق، ط (والثمانية) بدل (وثمانية) والمعنى معهما واحد.

الكل، واثنان^(١) في يد مدعي النصف، فالأربعة^(٢) الأخرى بينهما نصفان، لاستوائهم في المنازعة، فحصل لمدعي الكل ستة، ولمدعي الثلثين، سهمًا، ثم يجمع بين دعوى مدعي الكل و مدعي النصف فيما في يد مدعي الثلثين، فمدعي النصف يدعي ربع ما في يده، وهو سهمان، فستة سلمت لمدعي الكل، ويتنازعان في سهمين فيما بينهما، لكل واحد منهما^(٣) سهم. وصار لمدعي الكل سبعة، ولمدعي النصف سهم، ثم يجمع بين دعوى مدعي النصف ومدعي الثلثين على ما في يد مدعي الكل - وهو ثمانية - فمدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده^(٤): أربعة، ومدعي النصف^(٥): ربع ما في يده^(٦): سهمان، وفي المال سعة فيأخذ مدعي الثلثين أربعة، ومدعي النصف سهمين، ويبقى في يد مدعي الكل سهمان، فإذا حصل لمدعي الكل مما في يد مدعي النصف: ستة، ومما في يد مدعي الثلثين سبعة، وقد بقي مما في يده سهمان، فجميعه خمسة عشر، وهي خمسة أثمان الدار، وحصل لمدعي النصف مما في يد مدعي الثلثين سهم، ومما في يد مدعي الكل سهمان، وذلك ثلاثة، وهي ثمن الدار، وحصل لمدعي الثلثين مما في يد مدعي النصف سهمان، ومن مدعي الكل: أربعة، وذلك^(٧) ستة، وهي: ثَمْنًا^(٨) الدار.

وعندهما: يقسم على طريق العول، فيجمع بين دعوى مدعي الكل، ومدعي الثلثين على ما في يد مدعي النصف، فمدعي الكل يدعى كله، ومدعي

(١) في ح، ك، ق، ط، أ (وأربعة) بدل (واثنان) والأولى أفضل، لكي يستقيم الجمع فثمانية، وأربعة، وأربعة تكون ستة عشر.

(٢) في ش، ز، ك، ق، ط (والأربعة) بدل (فالأربعة) والمعنى معهما واحد.

(٣) (منهما) سقطت من ش، ط وذكرها أفضل لزيادة الإيضاح. وفي ك (منهم) بدل (منهما) والثانية أنسب لدلالة الصمير على مثنى وهما مدعي الثلثين ومدعي النصف.

(٤) في ح، ق، زيادة (وهو) وفي ط زيادة (وهي) والزيادات توضحان المعنى أكثر.

(٥) في ط زيادة (يدعي) وهي توضح المعنى.

(٦) في ط زيادة (وهو) وهي توضح المعنى.

(٧) في ز (فتكون) بدل (وذلك) والمعنى معهما واحد.

(٨) في ز، ش، ك، ط (ربع) بدل (ثَمْنًا) والمعنى واحد.

الثلثين، يدعي نصفه، فضرب^(١) هذا سهم^(٢)، سهم، وهذا بسهمين، فصار ما في يده^(٣) ثلاثة، ثم يجمع بين دعوى مدعي الكل ومدعي النصف على ما في يد مدعي الثلثين، فمدعي النصف يدعي رבעه، ومدعي الكل يدعي كله، ومخرج^(٤) [الرابع من أربعة]^(٥)، فيضرب هذا بسهم، وهذا [بأربعة]^(٦) - فصار ما في يده خمسة، ثم يجمع بين دعوى مدعي النصف، ومدعي الثلثين على ما في يد مدعي الكل، فمدعي النصف يدعي ربع ما في يده، ومدعي الثلثين يدعي نصفه، والنصف والرابع يخرج من [أربعة]^(٧)، فيجعل ما في يده أربعة، فانكسر حساب الدار على الثلث، [والرابع]^(٨) والخمسة، فاضرب بعضها على بعض، فأضرب ثلاثة في [أربعة]^(٩)، فيصير اثنا عشر، ثم أضرب اثنا عشر في خمسة فيصير^(١٠) ستين، ثم أضرب هذا في ثلاثة؛ لأن الدار في أيديهم أثلاثاً، فصار مائة وثمانين سهماً، في يد كل واحد منهم ستون، مما في يد مدعي النصف، ثلث ذلك لمدعي الثلثين، وذلك عشرون، وثلثاه لمدعي الكل، وذلك أربعون، وما في يد مدعي الثلثين خمس ذلك لمدعي النصف، وذلك اثنا عشر، وأربعة أخماس لمدعي الكل، وذلك ثمانية وأربعون، وما في يد مدعي الكل نصفه لمدعي الثلثين، وذلك ثلاثون، وربعه لمدعي النصف وذلك خمسة عشر، وبقي مما^(١١) في يده

-
- (١) في ش، ز، ح، ق، ط، ك، أ (فيضرب) بدل (فصرب) والأولى أفضل لما فيها من التعبير عن المستقبل.
- (٢) (سهم) سقطت من ش، أ، ح، ك، ق، ط، أ وإسقاطها أفضل؛ لأنه لا معنى لها.
- (٣) (ما في يده) سقطت من ش، ز، ك، ق، ط وإثباتها أفضل لزيادة الإيضاح.
- (٤) في ش (يخرج) بدل (مخرج) والثانية أنسب للمعنى.
- (٥) في الأصل (ربع من أربع) والمعنى لا يستقيم بهذا.
- (٦) في الأصل (بأربع) وهو مخالف لقواعد النحو.
- (٧) انظر الفقرة السابقة.
- (٨) في الأصل (والأربع) والمعنى لا يستقيم بها.
- (٩) في الأصل (أربع) وهو مخالف لقواعد النحو.
- (١٠) في ط (فيكون) بدل (فيصير) والمعنى معها واحد.
- (١١) (مما) سقطت من ش. ولا يتخير المعنى بسقوطها. وفي ك، ط (ما في) وفي ق (وما في) بدل (وبقي مما في) والمعنى مع جميعها واحد.

خمس عشرة، فجميع ما حصل له، مرة أربعون، ومرة ثمانية وأربعون، وبقي مما كان^(١) في يده خمس عشرة، وذلك مائة وثلاثة، وجميع ما حصل لمدعي الثلثين مرة عشرون، ومرة ثلاثون، وذلك^(٢) خمسون، فجميع^(٣) ما حصل لمدعي النصف مرة اثني عشر، ومرة خمس عشرة، فذلك سبعة وعشرون. وجملة ذلك مائة وثمانون.

١٧١٩- قال (أبو حنيفة): خُصَّ^(٤) بين رجلين، والقمط^(٥) إلى أحدهما، أو حائط ووجهه إلى أحدهما، اختلفا فيه؛ فهو بينهما.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقضى لمن إليه القمط، ووجه الحائط^(٦).

لهما: أن الظاهر يدل عليه.

له: أنهما استويا في الدعوى والحجة، وما ذكر من الدلالة فمحتملة؛ لأنه قد يقوم الشاد^(٧) من ذلك الجانب لتعذر^(٨) في هذا الجانب، فيقع القمط إليه. وقد [يحسن]^(٩) وجه الحائط إلى [مرأى]^(١٠) الناس، فلا يدل على الملك.

١٧٢٠- قال (أبو حنيفة): عُلو لرجل، وسُفل لآخر، فليس لصاحب السُفل أن يتد

(١) (مما كان) سقطت من زه ك، ق، ط. ولا يتغير المعنى سقوطها.

(٢) في ز (فيكون ذلك) بدل (وذلك) والمعنى معهما واحد.

(٣) في ط (وجميع) بدل (فجميع) والثانية أنسب للمعنى.

(٤) الخص - بضم الخاء - وتشديد الصاد - هو الحائط المتخذ من القصب، أو بيت من شجر أو قصب، وسمى خصاً لما فيه من الخصائص، وهي التفاريح الضيقة. (التعريفات الفقهية ص ٢٧٧. ولسان العرب ج ٧ ص ٢٦).

(٥) القمط، أو القماط - بكسر القاف - هو الحل من الليف يشد به الخص. (التعريفات الفقهية ص ٤٣٥، لسان العرب ج ٧ ص ٣٨٥).

(٦) انظر المبسوط ج ١٧ ص ٩٠، والبدائع ج ٨ ص ٣٩٩٩، ومختصر الطحاوي ص ٣٥٥.

(٧) في ح (السناد) بدل (الشاد) والثانية أنسب للمعنى؛ لأنها اسم فاعل من (شد).

(٨) في ق زيادة (قيامه) وهي توضيح المعنى. وفي ح (ليقدر) وفي ط (لبنفسر) وفي ك (لتعذر) بدل (لتعذر) والأخيرة أنسب للمعنى.

(٩) في الأصل (يخص) والمعنى لا يستقيم بها.

(١٠) في الأصل (أمر) والمعنى لا يستقيم بها.

فيه وتدًا، أو يفتح فيه كوة^(١)، أو يدخل فيه جذعًا، ولا لصاحب العلو أن يبنى عليه كنيقًا^(٢)، أو يدخل^(٣) جذعًا، إلا بإذن الآخر.

وقال أبو يوسف ومحمد: له ذلك إذا لم يكن له^(٤) ضرر ظاهر^(٥).

لهما: إنه ملكه، والأصل فيه إطلاق التصرف، إلا لمانع، وهو الضرر.

له: أنه تعلق به حق الغير، فالأصل هو المنع عن التصرف إلا إذا تيقنا بعدم الضرر، أو^(٦) أذن صاحب الحق.

١٧٢١- قال (أبو حنيفة): إذا باع جاريته الحبلى، فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر، ثم ماتت الأم، ثم ادعى البائع الولد؛ ثبت نسبه منه، وعلى البائع رد ذلك^(٧) الثمن، وأخذ الولد.

وقال أبو يوسف ومحمد: يسقط من البائع حصة الأم، من الثمن^(٨) بناء على أن أم الولد لا قيمة لها عنده، فهلك^(٩) غير مضمونة، وانتقض البيع، فبرد^(١٠) كل الثمن، وعندهما: لها قيمة، فسقطت^(١١) حصتها.

١٧٢٢- قال (أبو حنيفة): مكاتبة بين اثنين علقت من أحدهما؛ صار نصيبه أم ولد

(١) لكوة هي الخرق في الحائط. (التعريفات الفقهية ص ٤٤٩).

(٢) الكنيف هو المرحاض. وقد يطلق على السترة والحضيرة من الشجر. (التعريفات الفقهية ص ٤٤٩).

(٣) في ش، ز، ح، ق، ط، أ، ط (يضع) بدل (يدخل) والأولى أبلغ في الدلالة على المراد.

(٤) في ط (فيه) بدل (له) وتؤيدان إلى المعنى المراد (انظر الجامع الصغير ص ٣١٥ والمسوط ج ١٧ ص ٩١. ومختصر الطحاوي ص ٣٥٥).

(٥) في ز زيادة (أو إذن صاحب الحق) ولا معنى لهذه الزيادة.

(٦) في ح، زيادة (أو إذا) والمعنى لا يتغير مع الزيادة هذه أو بدونها.

(٧) في ش، ز، ك، ق، ط (كل) بدل (ذلك) والأولى أنسب للمعنى.

(٨) انظر المبسوط ج ١٧ ص ١٠١، ١٠٣، والبناء ج ٧ ص ٥٢٠، وتبين الحقائق ج ٤ ص ٣٣٠.

(٩) أي فقد هلكت هلاكًا غير مصموم.

(١٠) في ز (فرد) بدل (فرد) والثانية أنسب للسياق.

(١١) في ز، ك، ق، ط (فقط) بدل (فقطت) والمعنى معهما واحد.

له، ثم ^(١) لها الخيار: إن شاءت ^(٢) عجزت نفسها، وكان ^(٣) كلها أم ولد له، ويضمن لشريكه نصف قيمتها، ونصف عقرها، وإن شاءت مصت على الكتابة، وأخذت عقرها منه. وإذا أدت عتقت والولاء لهما.

وقال أبو يوسف ومحمد: صار كلها أم ولد له، ومكاتبته له ^(٤)، ويفرم لشريكه نصف قيمتها ^(٥).

لهما: أن الكتابة قابلة للنقض ^(٦)، فإذا صار البعض أم ولد للواطيء - وأنه لا يتجزأ - صارت ^(٧) كلها أم ولد له ^(٨)، وانفسخت الكتابة في نصيب الشريك، ثم صارت مكاتبته للمستولد.

له: أن الكتابة تمنع النقل من ملك إلى ملك، كالتدبير، ولو كانت مدبرة، كان الحكم ما ذكرنا، كذا هذا.

قوله: تنفسخ الكتابة، قلنا: لا ضرورة إلى ذلك ^(٩)، فلا تنفسخ. فلو اختارت الكتابة، ثم علقت ^(١٠) من الآخر، وولدت، وادعاه الشريك، ثبت نسبه منه عنده؛ لأنه بقي ملكه فيه، وهي بالخيار على مامر، فإن أدت

(١) في ط زيادة (قال) ولا معنى لهذه لزيادة.

(٢) في ق (إن شاء) بدل (شاءت) والصحيح الثانية لدلالته على مؤنث وهو المكاتب.

(٣) في ز (وكانت) بدل (وكان) والأولى هي الصحيح لدلالته على مؤنث وهو المكاتب.

(٤) في ر، ط زيادة (وانفسخت الكتابة في نصيب الشريك ثم صارت مكاتبته للمستولد) وفي ش، ك، زيادة (وانفسخت الكتابة في نصيب الشريك ثم صارت مكاتبته له) وفيه زيادة إيضاح وتفصيل.

(٥) انظر المبسوط ج ١٧ ص ١٢٥.

(٦) في ز زيادة (والفسخ) ولا تؤثر في تغيير المعنى. وفي ط (للفسخ) بدل (للقض) والمعنى واحد.

(٧) في ز، ق، ط (صار) وفي ط (فصار) بدل (صارت) والأخيرة هي الصواب لدلالته على المؤنث.

(٨) في ز، ط (صار كلها أم ولد له؛ لأنه لا يتجزأ) بدل (وأنه لا يتجزأ - صارت كلها أم ولد له). والمعنى معهما واحد.

(٩) في ز (إلى انفساخ الكتابة) وفي ق (في ذلك) بدل (إلى ذاك) والأولى أفضل لوضوح المعنى بها.

(١٠) في ك (حلت) بدل (علقت) ومعناها واحد.

عتقت^(١)، وإن عجزت، صارت أم ولد للأول، ويغرم نصف قيمتها للثاني، ولا يغرم قيمة الولد^(٢)؛ لأنه غرم قيمة الأم، والشريك الثاني يغرم قيمة الولد الذي ادعاه؛ لأنه لم يضمن قيمة الأم^(٣)، وكذلك ولد^(٤) المغرور؛ لأنه وطنها، وعنده: أنها ملكه. وعندهما: لا يثبت النسب من الثاني؛ لأنه ادعى نسب ولد أم ولد الغير، على مامر.

١٧٢٣- قال (أبوحنيفة): إذا قال لعبده - ومثله -^(٥) لا يولد لمثله - هذا ابني؛ عتق^(٦).

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق عليه، وهو قول الشافعي^(٧).
لهما: أنه أقر بما يستحيل^(٨)، فيلغو، كما إذا قال: أعتقتك قبل أن تخلق.
له: أنه أمكن حمل كلامه على التحرير بطريق المجاز، لوجود المصحح للمجاز، وهو السببية؛ لأن البنوة سبب الحرية^(٩)، فيحمل عليه، تصحيحاً لكلامه، كما في معروف النسب، وهو أصغر سناً منه، وقد عرف^(١٠).

١٧٢٤- قال (أبوحنيفة): إذا اشترى جارية، ثم باعها فاستولدها المشتري الآخر، ثم استحققت، وضمن قيمة الولد ورجع على بائعه بقيمة الولد^(١١)، والضمن؛

(١) قوله (وهي بالخيار على مامر، فإن أدت عتقت) سقط من ش، ز، ك، ق، ط، أ والإثبات أفضل لزيادة الإيضاح.

(٢) في ط زيادة (الذي ادعاه) وهي توضيح المعنى أكثر.

(٣) في ط زيادة (فيضمن) ولا أثر لها في تغيير المعنى.

(٤) في ز، ك، ق، ط (وهو كولد) بدل (وكذلك ولد) والمعنى معهما واحد.

(٥) في ط (وهو) بدل (ومثله) وتؤديان إلى معنى واحد.

(٦) في ش، ز، ح، أ، ق، ط زيادة (عليه) وهي توضيح المعنى.

(٧) انظر المبسوط ج ٥ ص ١٤، ١٥، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٦٩، وفتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠، والعناية على هامش فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠، والمبسوط، ج ٧ ص ٦٦، وقول أبي حنيفة أولاً مثل قولهما.

(٨) في ط (بما هو مستحيل) بدل (بما يستحيل) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ز (للحرية) بدل (الحرية) والمعنى معهما واحد.

(١٠) في ز، ش، ط زيادة (تمامه في طريقة الخلاف) وهي توضيح مكان ورود هذا الخلاف.

(١١) في ش (ولده) بدل (الولد) والمعنى معهما واحد.

لم يرجع بائعته على بائعه الأول^(١) إلا بالثمن.
 وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه بقيمة الولد أيضًا^(٢).
 ونظيره: خلافهم في الرجوع بنقصان العيب، على مامر^(٣).
 لهما: أن المشتري الثاني يرجع على بائعته لأجل الغرور وهذا قائم في
 الأول.

له: أن البائع الأول ضمن سلامة الولد [للاول، لا للثاني]^(٤) وقد^(٥) انقطع
 ذلك بيع الثاني من ثالث، كمن حفر بئرًا على قارعة الطريق، ثم ألقى إنسان
 إنسانًا آخر فيهما؛ لا ضمان على الحافر، لانقطاع جنايته.

١٧٢٥- قال (أبو حنيفة): لقيط ادعاه^(٦) رجلان أقام أحدهما البيعة أنه ابنه، وأقام
 الآخر البيعة أنها^(٧) بنته، فإذا هو خنثى، فإن كان^(٨) يبول من مبال الغلام،
 فهو لمدعي الابن، وإن كان يبول من مبال الجارية^(٩)، فهو لمدعي البنت،
 فإن بال منهما جميعًا^(١٠)، ولم يسبق أحدهما، قال أبو حنيفة: لا علم لي
 بذلك، فيقضى^(١١) بينهما.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقضى بأكثرهما بولاً، وهي تعرف في كتاب
 الخنثى^(١٢).

(١) (الأول) سقطت من ش، ز، ك، ق، أ وإثباتها أفضل لزيادة وضوح المعنى.

(٢) انظر المسألة (١٦٣٣) والمبسوط ج ١٧ ص ١٧٨، ومختصر الطحاوي ص ٣٦٠، ٣٦١.

(٣) انظر المسألتين ١٤٤٧، ١٤٤٨.

(٤) في الأصل (الأول، لا الثاني) والمعنى لا يستقيم بهذا.

(٥) في ق (فقد) بدل (وقد) والثانية أنسب للسياق.

(٦) في ز (أعادة) بدل (ادعاء) والثانية أنسب للمعنى.

(٧) في ط (أنه) بدل (أنها) والثانية أفضل لدلالاتها على مؤنث.

(٨) في ق (صار) بدل (كان) والمعنى معهما واحد.

(٩) في ق (من الفرج) بدل (من مبال الجارية) والمعنى معهما واحد.

(١٠) (جميعًا) سقطت من ط. وذكرها أفضل لتأكيد المعنى.

(١١) في ز زيادة (بذلك) ولا أثر لها.

(١٢) انظر المبسوط ج ١٧ ص ١٣١، ١٣٢، والبدائع ج ٨ ص ٣٩٨٨. والمسألة ٢٠٤٤.

باب قول أبي يوسف على خلاف قول صاحبيه

١٧٢٦- قال (أبيوسف): إذا شهد شاهدان: أن هذه الدار، كانت لجده هذا، وهذا ابن^(١) ابنه، لا وارث له غيره، أو قال^(٢): كانت لأبيه، مات وهذا ابنه، ووارثه - قضى له بالميراث، وإن لم ينص أنه تركها ميراثاً^(٣).
وقال أبوحنيفة ومحمد: لا يقضى حتى يخبران بالميراث^(٤)، فيقولان: مات وتركها ميراثاً له^(٥).

له: أنهم أثبتوا ملك الميراث^(٦)، وأثبتوا سبب الزوال، وأثبتوا أنه ابنه، فيؤول^(٧) إليه ضرورة.

لهما: أن الشهادة خالفت الدعوى؛ لأن المدعي يدعي الملك لنفسه، وهما شهدا بالملك للميت، فما لم يشهدا^(٨) أنه تركها ميراثاً له؛ لم يشهدا بالملك له^(٩).

١٧٢٧- قال (أبيوسف): إذا ادعى عينا في يد إنسان أنه كان في يد المدعي أمس، فأنكر^(١٠)، وأقام البينة على ذلك، قُضِيَ به، وأمر ذو اليد بالتسليم إليه.

(١) (ابن) سقطت من ق. والمعنى لا يستقيم بدونها،

(٢) في ش (قال) بدل (قالا) والثانية أفضل لدالتها على الشاهدين.

(٣) قوله (وإن لم ينص أنه تركها ميراثاً) سقط من ش، ز، ح، ك، ق، أ. وذكرها أفضل لزيادة التفصيل والإيضاح.

(٤) في ق، ط (بخبر الميراث) بدل (بخبران بالميراث) - والثانية أفضل لاستقامة المعنى معهما.

(٥) انظر المبسوط ج ١٧ ص ٤٦، ٤٧.

(٦) في ز، ح، ك، ق، ط، أ (الميت) بدل (الميراث) والأولى أنسب للمعنى.

(٧) في ط (فيؤول) بدل (فيؤول) والثانية أنسب للمعنى.

(٨) في ق (يشهدوا) بدل (يشهدا) والثانية أنسب لدالتها على الشاهدين.

(٩) (له) سقطت من ش، والمعنى لا يتم بدونها.

(١٠) في ز، ك، ق زيادة (ذو اليد) وهي توضح المعنى.

وقال: أبوحنيفة ومحمد: لا يقضى به^(١).

له: أن اليد حق مقصود، فتقبل البيعة عليه، كما لو أقر ذو اليد أنها كانت في يده^(٢)، وكما لو قامت البيعة أن فلاناً مات، وهي^(٣) في يده. لهما: أن مطلق اليد مجهولة؛ لأنها قد تكون يد ملك^(٤)، ويد غصب^(٥)، ووديعة، وغير ذلك، فلا يقضى به. بخلاف الإقرار؛ لأنه بالمجهول يصح. وبخلاف اليد عند الموت؛ لأن الأيدي كلها عند الموت يد ملك؛ لأنه مات مجهلاً، ويملكه^(٦) بالضممان.

(١) انظر المبسوط ج ١٧ ص ٣٦.

(٢) في ز زيادة (أس) وهي توضح المعنى.

(٣) في ش، ك، ق، (وهو) بدل (وهي) والثانية أفضل لدلائها على مؤنث وهو (العين).

(٤) في ق زيادة (وقد تكون) وهي توضح المعنى.

(٥) في ط زيادة (ويد) وهي توضح المعنى.

(٦) في ز (فملكه) وفي ش (أو يملكه) وفي أ، ح، ك، ق، ط (وملكه) بدل (ويملكه) والثالثة والأخيرة أنسب للمعنى.